نظرية العرف بين الشريعة والقانون

السيد نذير الحسني

بسم الله الرحمن الرحيم

معاونية التحقيق

نظرية العرف بين الشريعة والقانون

السيد نذير الحسني

ربيع الثّاني ١٤٢٧ق/١٣٨٥ش

التوزيع: قم ـ شارع بهار
قرب هتل الزّهراء ﷺ، هاتف ـ فاكس: ۷۷۴۹۸۷۵
www.eshraaq.com
E-mail: public-relations@Qomicis.com

نظرية العرف بين الشريعة والقانون

المؤلف: السيد نذير الحسني
تقويم: شاكر الساعدي
الطبعة الأولى: ربيع الثاني ۱۴۲۷ق / ۱۳۸۵ش
المطبعة: توحيد ● عدد الطبع: ۲۰۰۰ ● السّعر: ۱۵۰۰۰ ريال
الإخراج الفنّي: السيد مصطفى الجعفري رحمت آبادي
الناشر: منشورات المركز العالمي للدراسات الإسلامية

حسنی، نذیر.
نظرية العرف بين الشريعة والقانون / السيد نذير الحسنى [ل] المركز العالمي للدراسات الإسلامية، معاونية التحقيق. ـ قم: المركز العالمي للدراسات الاسلامية، ۱۴۲۷ ق. = ۱۳۸۵.
۲۴۸ ص. ـ (معاونية التحقيق ؛ ۴۵)
ISBN: 964-7741-98-7
۱۵۰۰۰ ریال
فهرستنويسى بر اساس اطلاعات فيپا.
عربی.
کتابنامه: ص [۲۴۱] ـ ۲۴۸؛ همچنین به صورت زیرنویس.
۱. عرف (فقه). ۲. اسلام وحقوق. ۳. عادت. الف. مرکز جهانی علوم اسلامی. ب. مرکز جهانی علوم اسلامی. معاونت پژوهش. ج. عنوان
۶ ن ۵ ح / BP۱۶۲/۲/ ۲۹۷/۳۱

كلمة الناشر

اختلفت الآراء في تحديد طبيعة الإنسان، فذهب فلاسفة علم الاجتماع إلى أنّ الإنسان موجود مدني بالطبع، ثم إنّهم اختلفوا في تعيين المقصود منها، فبعض اعتبرها في مقابل القول بكونه مدنياً بالقسر، وبعض آخر اعتبرها في مقابل القول بأنّه مدني بالاختيار، ولكنهم جميعاً اتفقوا على مسألة واحدة، وهي أنّ الإنسان موجود اجتماعي بالطبع؛ لأنّ التجربة الحياتية قد أثبتت هذا الأمر للجميع؛ وذلك من خلال سعيه الدؤوب لتقديم المصالح النوعية على المصالح الفردية الشخصية.

هذا وقد سعى الحكماء لوضع الخطط والبرامج بأشكال مختلفة ومتنوعة لغرض التأسيس لإيجاد نظام حكومي يتم من خلاله إدارة وتنظيم أمور الفرد والمجتمع على أساس نظام المشاركة الجماعية والشعبية في تعيين أفراد وشكل هذه الحكومة، كالذي يعرف اليوم بالنظام الديمقراطي، كما هو رائج تطبيقه في الأنظمة الغربية.

ثم إنّ الأديان السماوية وبالخصوص الدين الإسلامي الحنيف سعى منذ القدم بأن يضع قوانين وخطط وبرامج من شأنها تشكيل نظام الدولة والحكومة، مهمتها إيجاد النظم والتنظيم وتوفير الأمن والسلامة والحرية والسعادة للمجتمع البشري.

ولكن هناك مَن يسعى لتحديد دور الأديان السماوية في تشكيل الحكومة الدينية؛ لأنّه يرى أنّ الدين لا يعطي دورا كبيراً وأساسياً للأفراد في تشكيل الحكومة، بينما يرى أنّ النظام الديمقراطي على العكس من هذا؛ حيث يفسح المجال بشكل كبير جداً للمشاركة الجماهيرية في تعيين شكل الحكومة المنتخبة.

وبعبارة أخرى: إنّه يرى من شأن النظام الديمقراطي حفظ كرامة الإنسان دون النظام الديني، ولكن هذا غير صحيح؛ وقد نوقش هذا الرأي في مجالي علم الكلام والفقه، ومن يطالع بصورة إجمالية لبحوث الدين الاسلامي، وبالخصوص أبحاث المذهب الحقّ الإمامي، يجد أنّ الله سبحانه وتعالى قد أوكل الكثير من الأحكام العملية في مجالات مختلفة إلى العرف، كتعيين مصداق الحكم، أو فهم معناه، أو غيرها.

وهذا الكتاب الذي بين أيدينا يحمل عنواناً نظرية العرف بين الشريعة والقانون، من جهد المحقق والمؤلف النحرير السيد نذير الحسني، تناول فيه الكاتب بحث العرف في مجالي الدين والقانون، وما أن تمَّ من بيان المقدمة شرع ببحث وبيان أنواع العرف، ومن تم تطرق إلى ميزان تأثير العرف في تعيين الأحكام العملية، وبعدئذ عطف البحث إلى دراسة مجال العرف وتأثيره في ذلك.

وفي الختام تتقدم دار النشر في المركز العالمي للدراسات الإسلامية بخالص الشكر والتقدير للكاتب الفاضل، وكذا إلى مقوّم النص ومصححه، وكذلك مكتب البرمجة وتنظيم البحوث، التابع لمعاونية البحوث، وجميع الأخوة الأعزاء الذين بذلوا قصارى جهدهم لإتمام وإكمال ما يلزم لطبع هذا الكتاب ونشره، سائلين المولى القدير من صميم قلوبنا للجميع بالتوفيق والنجاح الدائم.

معاونية التحقيق

الادارة العامة للتخطيط وتنظيم الدراسات والتحقيقات

١٤٢٧ق/ ١٣٨٥ش

الفهرس

تمهيد

الحمد لله رب العالمين، بارئ الخلائق أجمعين، وصلى الله على محمد حبيب إله العالمين، وصاحب شريعة المسلمين، وعلى آله الأخيار المعصومين، ومن سار على طريقهم واهتدى بفكرهم إلى قيام يوم الدين.

يُعتبر علم الفقه من أشرف العلوم وأعلاها رتبة، به يُعرف الحلال من الحرام، ويتميز الصوابُ عن الخطأ، ولهذا مدح أمير المؤمنينعليه السلام مَن تفقّه في دينه، حيث قالعليه السلام: «إذا أراد الله بعبدٍ خيراً فقهه في الدين»[1]

والتفقه هنا ليس تجميع لجزئيات أبواب الفقه وحفظها بشكل تراكمي، بل هو الاستنباط وتحصيل الملكة التي بها يرجع الفرع إلى الأصل، وبها يُعرف ما يوافق الشريعة عما يخالفها، وبالتالي الوقوف على الحكم الشرعي، أو الوظيفة العملية لتبرئة ذمة المكلف اتجاه خالقه.

ومن المعلوم أن عملية الاستنباط تحتاج إلى عناصر خاصة تكفّل بها علم الفقه، وعناصر مشتركة تكفّل بها علم الأصول، وأختص الأخير ببحث الموجّهات المادية العامة لهذه العملية، ومن ذلك اكتسب أهميته، فأحتوى على أدق التفاصيل العلمية، إذ

---

١. الشيخ الكليني، الكافي، ج ١، ص ٣٢، ح ٣.

به يتعرف الفقيه على الطريق، ويتوصل إلى غايته، فمن تضلّع بـه تـوصل إلى مـرام المجتهدين، وعَرِف غاياتهم، ووقف على سبب اختلافهم.

ولا يخفى أن مهمة الأُصولي هي إعطاء القواعد بيد الفقيه، ليسيّر بها أبواب الفقه المتعددة، جامعاً ومفرقاً، مقرباً ومبعداً حتى يصل إلى الحقيقة. وميدان الفقيه في ذلك هو المصدر التشريعي الذي يُعتبر ساحة الانطلاق الأولى له، ليحدد من خلال ذلك الموقف اتجاه التكاليف الإلهية.

ومصادر التشريع المتفق عليها هي الكتاب والسنة.

أمّا الكتاب فهو قرآن الحقّ المُنزَّل من الله تعالى على صدر نبيّه محمّدﷺ، فجاء مفصَّلاً في الأمور العقائدية والأخلاقية، ومجمِلاً في الأمور التي تتصل بحياة الناس، والتي هي عُرضة للتغيّر والتبدّل بمرور الزمن، وهذا ما حفظ طراوته، فبقيَ غضّاً نضِراً يواكب التغير والتطور بقواعده الكلية وقوانينه العامة، لأنّ الاختلاف والتغيير محط أنظار الجزئيات لا الكليات.

وأمّا السنّة فقد جاءت شارحة ومخصصة ومقيدة ومفسرة لقواعد القرآن وكلياته، وهي نص المعصوم وفعله وتقريره.

وقد اختُلف في المصدرية التشريعية للإجماع ودليل العقل، يقول السيد الشهيد في ذلك:

> وأمّا ما يسمى بالدليل العقلي الذي اختلف المجتهدون والمحدثون في أنّه هل يسوّغ العمل به أم لا؟ فنحن وإن كنا نؤمن بأنّه يسوّغ العمل به ولكنّا لم نجد حُكماً واحداً يتوقف إثباته على الدليل العقلي بهذا المعنى، بل كل ما يثبت بالدليل العقلي فهو ثابت في نفس الوقت بكتاب أو سُنّة، وأمّا ما يسمى بالإجماع، فهو ليس مصدراً إلى جانب الكتاب والسنّة، وإنّما يُعتمد عليه من أجل كونه وسيلة إثبات في بعض الحالات، وهكذا كان المصدران الوحيدان هما الكتاب والسنة.[١]

---

١. المجموعة الكاملة لمؤلفات السيد الصدر، ج ٩، ص ٩٨.

ونحن نعلم أن في هذين المصدرين ما هو نصّ أو مجملٌ أو ظاهرٌ، وبعبارة أخرى: إنّ فيهما ما هو قطعي الدلالة والمضمون، فلا مجال للاجتهاد فيه، ولا لإعمال القريحة الفقهية في مضمونه، وما هو ظني الدلالة والمضمون بحيث يحتمل أوجها مختلفة تسمح للفقيه أن يجتهد ويُعمل قريحته الفقهية ضمن الضوابط والأُصول المنهجية.

بالإضافة إلى ذلك يوجد الكثير من الأحكام التي قد عُلقت على مواضيع يتم تحديدها عن طريق أهل العُرف تتغير تلك الأحكام بتغيره، سواء كان دور العُرف فيها يقتصر على تحديد المفهوم أو يتسع إلى تحديد المصداق حسب الاختلاف المعروف لمرجعية العُرف بين الأعلام. فمثلاً، يصرح السيد الخوئي بأنّ: تعيين المفاهيم وخصوصياتها من حيث السعة والضيق أَمرٌ راجع إلى أهل العُرف[1] وهذا ما أفاده الآشتياني أيضاً عندما قال: «فهم العُرف بالنسبة إلى أصل المراد من الألفاظ مما لا إشكال في اعتباره وكونه الأصل في ذلك»،[2] وأما في التطبيق فقد قيل:

> بأنّ مقتضى عدم تعرض الشارع في الدليل إلى بيان مصاديق الموضوع والعقد المؤثر وتحديدها بنظر العُرف وبحسب الظهور العُرفي هو الاعتماد على العُرف في تشخيص المصداق وإن ما هو بنظر العُرف مؤثر واقعاً فهو بنظر الشارع مؤثر.[3]

إذن فميدان المجتهد ما كان ظني الدلالة والمتن وما كانت مواضيعُه مُعلقة على الأعراف وغير ذلك من الأمور التي لم تتسم بالثبات والديمومة، بالإضافة إلى رد ما استحدث من فروع إلى قواعدها الكلية.

وهناك من ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، وهو أن الشارع الأقدس عندما ارتدى قميص التشريع، سار على ما سارت عليه القوانين العُرفية والعقلائية، فكان الأصل

---

١. الفياض، محاظرات في أصول الفقه، ج ١، ص ١٣٩.

٢. الآشتياني، بحر الفوائد، ج ٣، ص ١٧٧.

٣. الروحاني، منتقى الأُصول، ج ١، ص ٢٨٧، ٢٨٨.

فــي كــل قــانون عُــقلائي أو عُـرفي هـو القـبول إلّا مـا ثـبت الردع عـنه، يـقول السيد الطباطبائي:

> إنّه تعالى قال: ﴿لِّلَّهِ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ... ﴾. وقـال: ﴿لَـهُۥ مُـلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ... ﴾. وقال: ﴿...لَهُ ٱلْمُلْكُ وَلَهُ ٱلْحَمْدُ... ﴾،[1] فأثبت فيها وفي نظائرها من الآيات الملك لنفسه على العالم، بمعنى أنـه تـعالى مـالك عـلى الإطلاق... ثم إنا نرى أنه تعالى نصَّب نفسه في مقام التشريع وجرى في ذلك على ما يجري عليه العقلاء في المجتمع الإنساني من استحسان الحسن والمدح والشكر عليه، واستقباح القبيح والذم عليه.[2]

وقال أيضاً:

> إن الله تكلم مع الناس في دعـوتهم وإرشـادهم بـلسان أنـفسهم وجـرى فـي مخاطباته إياهم، وبياناته لهم مجرى العـقول الاجـتماعية، وتـمسك بـالأصول والقوانين الدائرة في عالم العبودية والمولوية.[3]

فمع إدراك العقل لحق الله المطلق ومالكيته، نجد أنه في مقام التشريع نظر المولى إلى ما تعارف عليه العُقلاء، فالأعراف والتقاليد والقوانين العُرفية مرادة ومقصودة له ما لم يثبت الردع عنها، وهذا ما اتفقت عليه كلمة المسلمين وإن وقع الخلاف في حدود ذلك، فمنهم من وسّع ومنهم من ضيّق، ولكن هذا لا يعني أن الشارع رفض تـلك الأعراف والتقاليد جملة وتفصيلاً كما يدّعي البعض، ولغرض مـعرفة حـدود ذلك الاعتبار من قبل الشارع ومدى الإقرار به، سبرنا أغوار هـذا البـحث فـقهاً وأصـولاً، وقانوناً للاجابة على جملة أسئلة طرحت في هذا المجال من قـبيل مـعرفة حـدود ومساحة العُرف في التشريع، وما هي أقسام العُرف وأنواعه؟ وما هي الموارد التـي يسمح فيها بابداء الرأي لهذا القسم دون غيره؟ وما هي النظريات المطروحة حـول

---

١. التغابن، ١.

٢. السيد محمد حسين الطباطبائي، تفسير الميزان، ج١، ص٩٦، ٩٧.

٣. المصدر السابق، ج٢، ص١٧٨، ١٧٩.

مرجعية العُرف؟ وهل للتسامحات العُرفية اعتبار في تحديد المواضيع الشرعية التي انصبت عليها الاحكام؟ أم التدقيقات العُرفية لها كلمة الفصل في ذلك؟ أم لا هذا ولا ذاك؟ وما هو الحال في التطبيق بعد احراز الموضوع؟ فهل للعُرف مرجعية فيه؟ وما حدود تلك المرجعية؟ وهل أن المخزون اللغوي المودع في العُرف محكّم في فهم النصوص؟ أم أن الفهم العُرفي الساذج هو المعني بالخطابات الشرعية؟ وهل هناك فرقاً بين العُرف والعادة؟ وما حدود ذلك الفرق؟ وهل للعُرف مدخلية في بعض المصادر التشريعية المطروحة من قبل الفرق الإسلامية كالإجماع والمصالح والمرسلة والذرائع والتسحينيات؟ وهل يدخل العُرف طرفاً في حساب التعارض إذا وقع بينه وبين اللغة مثلاً، وهل تدخل جدلية الزمان والمكان والثابت والمتغير ضمن مباحث العُرف أم لا؟ هذا مضافاً إلى معرفة حدود العُرف والعادة عند علماء القانون، وشروطهما، وقوة اعتبارهما في المدارس القانونية المختلفة. كل ذلك حاولنا الحديث عنه في هذا البحث، متجاوزين التهميش الذي لاقاه بحث العُرف بحيث لم يُتعرض له إلّا في الجزئيات الفقهية وفي مباحث مخصوصة من دون أن تكون هناك ضوابط وأركان أساسية يمكن الرجوع إليها ودرج الجزئيات تحتها، فوقع بحثُنا هذا في فصول متعددة، مزجنا فيها بين المتبنيات وبين الجزئيات الفقهية الخاصة في مورد العُرف، فكان بحثاً تطبيقياً لأغلب الموارد الفقهية والأُصولية والقانونية الوضعية، التي اعتُمد فيها على العُرف.

ولم تكن تلك المهمة سهلة؛ لقلة الكتابات في ذلك، بحيث كادت أن تنعدم، بالإضافة إلى سعة المدونات الفقهية والأُصولية وتعقيدها، خصوصاً مع بقاء الكثير منها بخط اليد، فأسميناه نظرية العُرف بين الشريعة والقانون فكانت الدراسة مزيجاً بين نظرتين، شرعية فيما تم تداوله بين الفقهاء والأعلام حول هذا الموضوع ، وقانونية شملت المدارس القانونية الوضعية المشرعة، ونظرتها إلى العُرف وشروطه وقواعده، فتضمن آراء مختلفة تارة باختلاف المذاهب وأخرى باختلاف المدارس بقدر ما توفر لدينا من مصادر.

ولا أنسى شكري الجزيل إلى العلماء الذين لم يدّخروا جهداً عند مراجعتهم في ذلك وخصوصا سماحة آية الله الشيخ هادي آل راضي الذي أفادنا بالكثير من التوجيهات بعد إطلاعه على البحث، وسماحة آية الله الشيخ باقر الإيرواني الذي لم يدّخر جهداً في الإجابة على الأسئلة التي وجهناها إليه، وكذلك سماحة آية الله الشيخ السند الذي تشرفنا بالحضور عنده في جلسات متعددة لبيان وجهة نظره والعلماء حول العُرف. ولا أنسى شكري إلى مكتب آية الله العظمى السيد السيستاني(حفظه الله) في قم لتوفيره المصادر في مكتبات مختصة أسعفتنا في البحث خصوصاً المكتبة الفقهية.

وأخيراً فما كان في هذه الدراسة من كمال فمنه تعالى تفضلاً ومنّة، وما كان فيها من شطط فمن قلم ساطرها، نشكره على ما أولانا من فضله، ونستغفره عما أخطأنا فيه، وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

السيد نذير الحسني

قم المقدسة

١
بحوث عامة

الإنسان والقانون

يُقال إن الإنسان مدني بالطبع، ومغزى ذلك يعود إلى عدم قدرته على العيش مفرداً، فهو يحتاج إلى المأكل والمشرب والملبس والمسكن، ولا يستطيع أن يستقل في تحقيق ذلك بمفرده، فاحتاج إلى الآخرين لحفظ نوعه، وصيانة كيانه، وهذا من قوانين الفطرة التي جُبل عليها الإنسان، الجانحة نحو تحقيق حياة اجتماعية متكاملة، وبهذا السياق يمكن تصنيف حديث الإمام الصادقؑ عندما جاءه رجل وقال له: جُعلت فداك ادعُ الله يُغنيني عن خلقه، قالؑ:

> **ان الله قسم رزق مَن شاء على يدي مَن شاء، ولكن سل الله ان يُغنيك عن الحاجة التي تضطرك إلى لئام خلقه.[١]**

لهذا السبب زُود الإنسان بنعمة البيان للتفاهم والمخاطبة والمعاشرة مع غيره من أبناء جنسه، فقال عز من قال: ﴿خَلَقَ ٱلْإِنسَـٰنَ ۝ عَلَّمَهُ ٱلْبَيَانَ ﴾.[٢]

ومن المؤكد أن حاجات الإنسان متعددة، ورغباته متنوعة، وميولاته متشعبة، واتجاهاته غير محدودة، كل ذلك اقتضى أن يعيش هذا الكائن ضمن نظام يُميز تلك

---

١. الشيخ الكليني، الكافي، ج٢، ص٢٦٦.

٢. الرحمن، ٣، ٤.

انتهت الشرائع الإلهية، وتوقفت بشريعة خاتمة جاء بها النبي محمد بن عبد الله عليه وعلى آبائه وآله آلاف التحية والسلام، تحمل بين طياتها كلتا الميزتين المتقدمتين إضافةً إلى أحكام ومقررات روعيت فيها المصاهرة بين الثبات والتغير عبر هذه الحقبة الزمنية. فلم تُهمل ضرورات الاجتماع وأحكامه وأعرافه، ولم تتجاوز عقل الإنسان، بل أعطت للجميع دوره ضمن منظومة معرفية تتحرك باتجاه الحق تعالى، والتي شملت بين طياتها ما يلي:

أوّلاً: الأمور الاعتقادية التي تختص بذات الخالق وصفاته وما يرتبط بها، والتي هي ساحة عمل المتكلم.

ثانياً: الأمور الأخلاقية التي ينبغي لكل إنسان التحلي بها كالوفاء والعهد والأمانة وغيرها من الأخلاقيات التي تؤطر عمل الإنسان وتكسبه حلّة جديدة.

ثالثاً: الأمور العملية التي تنقسم إلى عبادات ومعاملات وإيقاعات وأحكام.[١]

فكل حركة وسكنة للإنسان خاضعة لبند من بنود هذه الشريعة، لكن عملية الاقصاء التي حرفت الطريقة الإلهية عن إدارة دفة الحياة كلفت البشرية الكثير من الضرائب، التي حاولت قوانين الإدارة الحديثة تلافيها، كيف يتحقق ذلك ونحن نعلم أن منبع تلك القوانين الوضعية هي تلك الرؤية الضيقة لحاجات الإنسان ورغباته وميولاته، فكان هذا القانون الذي استند على الأعراف والتقاليد، غير قادر على المواكبة المستمرة، فخضع للتعديل والتغيير كلما تقدم الوقت، ولم يكن هذا التغير مجاناً، بل خلّف لنا تركة كبيرة من المشاكل والآلام، وهذا ما عانت وتعاني تحت وطأته مجتمعات اليوم.

إذن فالحاجة إلى القانون والتشريع لم تكن فضلة عند الإنسان، بل هي من أهم

١. المعاملات: هو ما تعلق بأمرٍ دنيوي، وكانت الصيغة فيه تجري من طرفين ايجاب وقبول كالعقود، والإيقاعات، هو ما تعلق بأمر دنيوي أيضاً ولكن الصيغة تكون من طرف واحد فقط كالطلاق والنذر والظهار، وأمّا الأحكام فهي لا تحتاج إلى صيغة كالمواريث والديات.

الضرورات الحياتية التي تُهيكل طريقة مواصلة الكدح والاستمرار، وتجنب العبثية واللغو في حركة هذا الكائن المخلوق، بحيث تمنحه ضمانة الوصول إلى الهدف وتحقيق الغايات المنشودة.

التشريع الإلهي والتشريع الوضعي

يختلف التشريع الإلهي عن التشريع الوضعي بالأهداف والأدوات والمنطلقات، ويمكن القول بأنَّ هناك طلاق بائن بينهما، وفي هذا البحث سنبيّن جملة من الفروق منها:

١. مبدأ التشريع في الإلهي يختلف عنه في الوضعي، ففي الأول يكون مبدأه من الخالق العالم الحكيم المدبر لشؤون مخلوقاته، فهو ينطلق من العلم بكل ما يحيط هذا الكائن من أسرار وخفايا، ففي الوقت الذي يُشرَّع فيه العام أو المطلق يكون النظر منصباً على المقيد والمخصص أيضاً، وكذلك الأمر في الناسخ والمنسوخ. هذا بخلافه في التشريع الوضعي، وبخلافه في التشريع الوضعى حيث يكون المبدأ فيه بشري يعتمد على التصورات الخيالية للمصلحة العامة والدائمة، والتي سرعان ما يبان خطأها في مرحلة لاحقة، فما وضع اليوم لاشتماله على مصلحة أصبح غداً حجر عثرة يصعب تجاوزه أو التخلص منه.

٢. عمومية الخطاب في التشريع الإلهي وخصوصيته في التشريع الوضعي، بحيث يكسب الأول صفة الثبات والديمومة، فنحن نجد إنّ كلا التشريعين يخاطبان الإنسان، ولكن الفرق بينهما أن التشريع الوضعي يخاطب جماعةمعينة من الناس مؤقتة بزمان ومكان معين، أما التشريع الإلهي يتمتع بعمومية الخطاب لجميع أفراد البشر، فهناك جهات جامعة وأخرى مميزة، يحاول المشرع الإلهي الاستفادة من الجهات الجامعة لخدمة الجهات المفرقة. فتأطير القانون بالأطر الأخلاقية يتفق بها جميع من تطبق عليهم تلك القوانين مما يكسب القانون صفة المرونة والانسجام،

وها هو التشريع الإلهي منذ ما يناهز (١٤٠٠) عام وما يزال غضاً طرياً ينادي ببعض بنوده حتى المجتمعات التي لا تصبغها الصبغة الإسلامية العامة.

٣. التشريع الوضعي لا علاقة له بضمير الإنسان وعباداته، بل يهتم فقط بأُمور المعاملات والشؤون الاجتماعية لترتيب الأوضاع المادية الخاصة به، أما التشريع الإلهي يضع الضمير والوجدان الإنساني في سلم الأَولويات لما للوازع الداخلي من تأثير مباشر على كل أعمال الإنسان وعلاقاته المادية التي يقوم بها.

٤. اختلاف طبيعة العقوبة ونوعها ومدى الغايات المنشودة منها في التشريعين، فصفة الإلزام في العقوبة عند المشرع الإلهي لا تقتصر على حالة التلبس بالجريمة، أو إتمام شروط وظروف القضية المعاقب عليها، بل تتعدى حدود ذلك على العقوبة الأخروية التي قد تقف في بعض الأحيان أمام المرتكب أكثر بكثير من العقوبة الدنيوية، فقد يستطيع الإنسان بشكل أو بآخر أن يتخلص من الجزاء الدنيوي المنصب عليه من جراء ارتكاب عمل من الأعمال، ولكنه لا يستطيع بأي شكل من الأشكال أن يهرب من الحساب والجزاء الأُخروي الموعود، فعقاب المشرع الإلهي لا يقتصر على الجوارح كما هو عند المشرع الوضعي، بل يتعداه إلى الجوانح أيضاً، قال تعالى ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾[1]

فهنا عقوبة دنيوية وأخروية اجتمعت على مرتكب المحاربة.

٥. تنطلق القوانين الوضعية من المصالح والمنافع المترأءة للمشرع الوضعي من دون قدرة على مراعاة المضار التي ترافق تلك المصالح والمنافع، فقد يُجيز المشرع الوضعي الربا أو العمل بالمفاسد وغير ذلك من دون معرفة دقيقة لما تؤول إليه هذه

١. المائدة، ٣٣.

الأعمال من كوارث على المجتمع الإنساني ككل، وهذا لا يمكن تصوره في التشريع الإلهي لوجود هيمنة كاملة للخالق على التشريعات بمصالحها ومفاسدها، فما كان فيه مصلحة حاضرة قد تشوبه مفسدة أكبر من المصلحة في مرحلة وزمان آخر، والشاهد على ذلك ما تحدث به القرآن الكريم حول تشريع حرمة الخمر فبالرغم من اعترافه بوجود بعض المنافع فيه كالمنافع الاقتصادية مثلاً ولكنها تشكل نسبة ضئيلة جداً بالنسبة إلى مفاسده؛ ولهذا حرَّمه القرآن. قال تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا... ﴾.[1]

٦. في الوقت الذي راعى فيه المشرع الإلهي استعمال الحقّ بالنسبة للفرد، رفض التعسف في هذا الاستعمال وأقرَّ لذلك قواعد، فليس من حقِّ الجار أن يستخدم مُلكَه في ضرر جاره؛ ولهذا جاء عن رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».[2]

أضف إلى ذلك الكثير من الأحكام التي روعيت فيها الأخلاق العامة في التطبيق لمواضيعها، فحرم الكثير من الأمور التي تؤدي إلى قتل روح التعاون والألفة داخل المجتمع.

بينما نجد التشريعات الوضعية لا علاقة لها بالأخلاق، فالفرد هو المقدّس وحرياته كذلك، وما نشاهده اليوم من مشاكل في المجتمعات الأوربية ما هو إلّا انعكاس لسيطرة الشركات المملوكة للأفراد على مقدرات الشعوب، فما أن ينعقد مؤتمر يخص التجارة العالمية، أو البنك الدولي، أو صندوق النقد إلّا ونشاهد الملايين يجوبون الشوارع اعتراضاً على مقررات وقواعد هذه الاجتماعات.

٧. لا يقيم المشرع الإلهي وزناً للأحكام والقوانين الظاهرية إلّا بمقدار مطابقتها للواقع، فلو استطاع الإنسان أن يلحن بحجته في كسب قضية معينة من دون أن يكون له حقّ فيها واقعاً لما استطاع وفقاً للتشريع الإلهي التصرف في ثمرات هذه القضية

---

١. البقرة، ٢١٩.

٢. الشيخ الطوسي، كتاب الخلاف، ج٣، ص ٤٤٠.

بشكل يؤمَّن على نفسه من الجزاء الأُخروي، بل وحتى الأثر الوضعي يقول رسول الإنسانية محمدﷺ:

إنكم تختصمون إلي وإنّما أَنا بشر، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من الآخر، فاقضي له على نحو ما أَسمع، فمن قضيت له من حق أَخيه شيئاً فلا يأخذه، فإنّما اقتطع له قطعة من النار.[١]

فالعبرة في كل التصرفات للإنسان المنضوي تحت التشريع الإلهي بما بطن من الأمر لا ما ظهر منه، وهذا بخلافه في التشريع الوضعي فلا توجد منغصات من التمتع بما أُخذ بواسطة اللحن بالحجة، أو بالالتفاف على مجريات القضايا.

خصائص التشريع الإلهي

امتازت الشرعية الإسلامية بخصائص ميّزتها عن الشرائع الإلهية السابقة، والقوانين الوضعية الحادثة، ومن أبرز تلك الخصائص، الشمولية، والموازنة، وسنتكلم بنوع من التفصيل عنهما:

الشمولية في الشريعة الإسلامية

قال تعالى: ﴿...وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ ٱلْكِتَـٰبَ تِبْيَـٰنًا لِّكُلِّ شَىْءٍ... ﴾،[٢] فبموجب هذا الخطاب وغيره كانت الشريعة الخاتمة للرسائل السماوية تحمل بين دفتيها قوانين وأحكام مُبيّنة لكل ما ينبغي بيانه، وهذا بحكم خاتميتها للرسائل الإلهية السابقة لا إشكال ولا شبهة فيه.

وإذا عُدنا إلى هذه الشريعة نجد أن القرآن والسنة من أهم مصادرها، بالإضافة إلى الإجماع والعقل، وإن حاول البعض إرجاع الأخيرين إلى الأوليين.

فالقرآن: كتاب الله المنزل على صدر الرسولﷺ المتضمن للبنود والخطابات

١. الشيخ الطوسي، كتاب الخلاف، ج٦، ص٣٥٧؛ ابن ماجة، سنن ابن ماجة، ج٢، ص٧٧٧.
٢. النحل، ٨٩

الإلهــية لتـنظيم طـريقة الحـياة البشـرية، وتـوجيهها بـاتجاه الهـدف المـنشود مـن خلقها وإيجادها.

والسُنّة: هـي قـول وتـقرير الرسـولﷺ وخـلفائه الطـاهرين الذيـن سـاروا مـع القـرآن ولم يـفترقوا عـنه، فـجاءت مـبيّنة وشـارحـة ومـفسّرة ومـقيّدة ومـخصّصة لنصوص الكتاب الكريم.

فالكتاب الكريم والسنّة المطهرة منظومة معرفية واحدة صـالحة لوضـع قـوالب وقوانين مرنه شاملة للثابت والمتغير من الحياة البشرية، فـلم تـغيب بـحضرة هـذه المنظومة حاجات الزمـان والمكـان، وتـغيرات الوسـائل والأدوات، فـراعت حـرج الإنسان وعسره في عباداته ومعاملاته، وحتى العقوبات المفروضة عليه قال تعالى:

﴿...لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا...﴾.[1]

﴿...يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ...﴾.[2]

﴿...مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ...﴾.[3]

حتى وصل الأمر باكتفاء الإنسان في صلاته في بعض الظروف بالإيماء فقط، هذا في العبادات أمّا فـي المـعاملات فـقد جـعل التـراضـي والرغـبة كـافية فـي أكـل مال الغير عن طيب نفس وراحـة، نـاهيك بـالعقوبات التـي أمـر بـدرئها بـالشبهات قال رسول اللهﷺ:

ادرءوا الحد عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله، فإن الإمام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة.[4]

كما راعت الشريعة السمحاء المصالح العامة أيضاً؛ تحقيقاً لمصالح المجتمع، وليس لمداراة بعض على آخر، ويمكن في هذا السياق نضع حديث الرسولﷺ:

«لا ضرر ولا ضرار».[5]

---

١. البقرة، ٢٨٦. ٢. البقرة، ١٨٥. ٣. المائدة، ٦.

٤. الشيخ الأميني، كتاب الغدير، ج٦، ص١١٨.

٥. الشريف المرتضى، رسائل المرتضى، ج١، ص١٧٨.

فتحقّق بموجب هذه القوانين وضع أساس العدل في المجتمع، لا بل العدالة أيضاً، ومن الواضح أن هناك فرق كبير بينهما، فإذا استطاع القانون الوضعي أن يحقّق جنبة العدل فقد أَخفق في تحقيق جنبة العدالة، واعترف بهذا الإخفاق كبار الدارسين لهذا العلم عندما قال:

> إن القانون يقتصر في المبدأ على تحقيق العدل دون تحقيق العدالة، والعدل يختلف عن العدالة؛ وذلك أنه إذا كان كل من الفكرتين يقوم على مبدأ المساواة في معاملة المخاطبين بأحكام القانون، إلّا أن المساواة التي تقوم عليها فكرة العدل هي مجرّد مساواة جامدة مجرَّدة، وتقوم على أساس الوضع الغالب في الحياة، دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيّات في الحالات المماثلة إذا تماثلت في ظروفها وجزئيّاتها الواقعية، ولمّا كان القانون يضع قواعده مقدَّماً لكي تطبّق من بَعد على كل من يدخل في نطاقها من أوضاع وحالات مستقبلة، فيستحيل عليها منطقيا تحقيق مثل هذه المساواة الواقعية التي تقوم عليها فكرة العدالة؛ لأنه لا يستطيع الإحاطة ولا التنبوء مقدماً بالظروف الخاصة أو الجزئيات الواقعية لكل تلك الأوضاع والحال المستقبلة... فغاية القانون هي التي تحدد وسائله بإقامة العدل لا بتحقيق العدالة.[١]

وهذا هو الفارق الأساسي بين التشريع الإلهي الذي يراعي كل الظروف والحالات المتغيرة وبين التشريع الوضعي الذي يستند بالدرجة الأساس على الأعراف والتقاليد السائدة في سن القوانين لكل من ينضوي تحتها.

فالتشريع النازل من السماء شامل في نظرته إلى الظروف المتغيرة بلحاظ الحالات أو بلحاظ الزمان والمكان فلا يتصف بالجمود في التعامل مع القضايا المتغيرة ولا يُتَّهم بالتغير في الحالات الثابتة عند عموم بني البشر، فهو صالح لكل زمان ومكان ولكل حالة أو ظرف متغير.

---

١. الدكتور حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، ص١٥.

وهذا هو الذي يجعلنا نتَّهم المنتقدين لهذا التشريع بعدم الإنصاف أو على الأقل عدم الاطلاع الواسع والمتكامل على هذه المنظومة، فما قيل من عدم مراعاة الشريعة للزمان والمكان وعدم مراعاتها للحداثة والمعاصَرة وغير ذلك من تعبيرات لفظية خالية من المحتوى والمضمون، تحكّم واضح.

ونحن لا نريد ان نستقرء بشكل تام ما قيل بحق هذا التشريع إلّا بمقدار ما يُقنع هؤلاء من أن الفضل ما شهدت به الأَعداء.

يقول عميد كلية الحقوق في جامعة (فينا) في المؤتمر المعقود سنة ١٩٢٧م:

إن البشرية لتفخر بانتساب رجل كمحمدﷺ إليها، إذا إنه رغم أُمِّيته استطاع قبل بضعة عشر قرناً أن يأَتي بتشريع سنكون نحن الأَوربيين أسعد ما نكون لو وصلنا إليه بعد ألفي عام.

وقال محامي فرنسي آخر:

أَنا لا أَعرف كيف أوفّق بينما كان يُحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلوحه أساساً تشريعياً يفي بحاجات المجتمع العصري المتطور، وبينما نسمعه الآن في هذه المحاضرات ومناقشتها مما يُثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين للنصوص والمبادئ.

وقال المستشرق فمبري:

إن الفقه الإسلامي واسع جداً إلى درجة إنني أَتعجب كل ما فكرت في إنكملم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لزمانكم وبلادكم.[١]

إذٍ فبعد ما لاحظنا من شمولية هذا التشريع، ومن اعتراف صريح وواضح بذلك من قبل كبار الدارسين لعلوم التشريع والتقنين، فلا يحق لأَحد التهجّم على هذا التقنين تحت مدَّعَيات علمية مزيفة وتحت عناوين براقة خالية من التحقيق وعارية عن الصحة تماماً.

---

١. السايس وغيره، تاريخ التشريع الإسلامي، ص٣٢٢.

الموازنة بين الثابت والمتغير

هناك تقسيم شائع للمسائل الشرعية يقول: أنها تنقسم إلى عبادات ومعاملات وإيقاعات، وحاول البعض أن يقسِّمها إلى أحكام أولية وثانوية وأحكام حكومية، ورفض البعض الأخر الحكومية وإكتفى بالأوليين فقط وارجع الأحكام الحكومية إلى التقسيم الثاني، وهو الأحكام الثانوية.

وكيف كان نرى أن من الأنسب في مقام بحثنا القول: بأنّ الفقهاء والعلماء تطرقوا إلى نوعين من الأحكام.

النوع الأول: أحكام غير قابلة للتغير والتبدل، صالحة لكل زمان ومكان، مثل الواجبات العبادية والمحرمات القطعية وبعض ما يتعلق بالحياة الاجتماعية من زواج وطلاق وميراث وما شابه ذلك، وهذا النوع غير قابل لطرو التحول والتغير عليه حسب شروطه وظروفه المنصوصة، فقد ورد «**صلوا كما رأيتموني أصلي**»[1] وكذلك «**خذوا عني مناسككم**».[2]

النوع الثاني: أحكام قابلة للتغير والتبدل، فقد تكون صالحة لزمان ومكان، غير صالحة لزمان ومكان آخر. وتتجلّى هذه الأحكام في المعاملات والمكاسب التجارية، وأداء المثل والقيمة، أو الضمان وما شابه ذلك، وخير مثال لذلك ما لو غصب شخص قالب ثلج في الصيف فيجب عليه أن يرده إلى صاحبه، فلو أراد إرجاعه في الشتاء فهل أَدى ما عليه أم لا؟ ففي الصيف قالب الثلج له قيمة أما في الشتاء يصبح عبء على مالكه يدفع أموال لغرض التخلص منه، هذا بالنسبة للتغير بلحاظ الزمان، أما بلحاظ المكان فقد ذكر الفقهاء ما لو أن شخصاً غصب ماءً في الصحراء فعوض صاحب الماء بإعطاءه ما غصبه منه عندما كانا إلى جوار نهر كبير فهل يُعد هذا عوضاً أم لا؟

---

١. المحقق الحلّي، المعتبر، ج٢، ص١١٨.

٢. ابن إدريس الحلّي، السرائر، ج١، ص٦٠٧.

هذه الأمثلة البسيطة نستطيع أن نتسلح بها ونسبر أَغوار الفقه ومسائله للكشف عن مثيلات ذلك مثل بيع الدم، فقد ورد أن بيع الدم حرام من السحت، وذكر الفقهاء على أنه نجس لا يُنتفع به منفعة محللة مقصودة، أما اليوم فقد تغير الأمر تماماً وأصبحت شحنة واحدة من الدم تُنقذ أُمة بكاملها.

وكذلك عسيب الفحل كما سيأتي بين طيات بحثنا من كونه غير نافع في زمان، فيحرم بيعه، ونافع في زمان آخر فيجوز بيعه.

ويتعقد الأمر أكثر عندما نتوغل في تشريعات الحياة الاجتماعية والقضائية والاقتصادية، فاليوم أصبح العالم كما يقال قرية واحدة، فهل نبقى نصّر على إبقاء قانون التعزيرات وفقاً لاجتهادات القضاة، هذا يضرب بعشرة أسواط، وذاك بخمسة وآخر بثلاثة، أم نتحول إلى نظرة أعمق في صياغة مجلس دستوري قضائي يضم نخبة من فقهاء العصر يوحدون الرؤية في باب التعزيرات، بحيث تأخذ صفة قانونية مكتوبة.

وفي الجانب البنكي والأمر الاقتصادي فهل يحوز أخذ الفائدة البنكية والتصرف بها من دون وسوسة وشك على أنها خرجت من إطار الربا الشخصي الذي كان يُتعامل به يوماً ما إلى إطار التحول النقدي من تعاملات فردية إلى جهات قانونية حقوقية تحول المال إلى عمل، ومن ثم إلى استثمار مع غياب الشخص المودع عن العملية البنكية تماماً؟

وهل يجوز أخذ مقدار من المال على تأخير دفع الدين كخسارة مترتبة على هذا التأخير؟ وما هي الإطر والقواعد والقوانين التي بموجبها يسهل عملية القرض والاقتراض من دون تحمل خسائر لكل الطرفين؟ وهل يحق للمؤجر إخراج المستأجر من المكان الذي أجره بعد ان اكتسب هذا المكان بعمل المستأجر سمعة تجارية تفوق بكثير قيمة المكان المالية، أم لا يحق له ذلك إلّا مقابل مال؟ وكيف يتم صياغة ذلك ضمن قوانين ملزمة للجميع؟

ولعلَّ ما نذكره غيض من فيض من المسائل التي تواجه فقيه اليوم، فالشريعة الإسلامية والتعامل الديني إذا أُريد له أن يكون حاكماً بين الناس فلابدّ من الإجابة على هكذا تساؤلات.

فالنوع الثاني من الأحكام المتغيرة والمتبدلة تحتاج إلى إمعان نظر في منشأ هذا التغير والتبدل، هل هو في الحكم، أم هو في الموضوع، أم هو في المصداق، أم هو في الشروط والظروف التي يجرّها الزمان والمكان على الموضوع؟

هنا اختلف الفقهاء فمنهم من ذهب إلى أن الموضوع يتغير وبتبعه يتغير الحكم، فالحرمة للشطرنج ثابتة بما أنّه قمار، فإذا أصبح رياضة فكرية علمية تغير موضوع الحرمة هنا، ومن التعسف إبقاء الحكم مع تغير موضوعه، ومنهم من ذهب إلى أن للموضوع وجود تشريعي لا يتغير في هذه المرحلة أبداً، فعندما شرع الحج إنّما شرع على المستطيع بوجوده التشريعي، حتى لو لم يكن على وجه البسيطة من يمثله، فهذا الموضوع لا يتغير ولا يتبدل، وإنّما ينشأ التغير من المصداق، يقول السيد الحائري.

> يمكن أن نذكر له الزكاة شاهداً بحيث نخضع الموضوع إلى صيغتين في البحث:
> الأولى: هل كان تعيين النبيّ ﷺ للزكاة في تسعة أشياء ولائياً أم تشريعياً؟ فإذا كان ولائياً أي من جهة كون النبيّ حاكماً للمجتمع ووليّاً لأُمور المسلمين وقائداً للدولة فإن للولي اليوم أن يشمل بالزكاة أشياء أخرى، أما إذا كان تشريعياً فسيطال الموضوع البحث من جهة أخرى مؤَداها احتمال أن يكون تشريع الأشياء التسعة تلك لجهة كونها في ذلك الزمان من أشهر البضائع وأهمها، وحينئذ لا يكون ثمة موضوعية أصلاً لتلك الأشياء التسعة، بل ترجع الموضوعية إلى تلك البضائع والأجناس التي كانت معروفة آنئذ.[1]

فدور الفقهاء إعمال القريحة الفقهية المتَصَيدَة من الشارع وتعليماته بكثرة النظر في أحكامه وقوانينه.

---

١. مجلة قضايا إسلامية، العدد الرابع، ١٤١٧ق، ١٩٩٧م، ص ٣٢.

وما نُريد أن نخلص إليه أنّه بمصاهرة النوعين المتقدمين من الأحكام واشتقاقات المواضيع وتغيراتها، تتسم الشريعة بالثبات من جهة وبالمرونة من جهة أخرى، بالثبات من خلال الأحكام والمواضع الثابتة غير المتغيرة، والمرونة بما وضع للتغير والتبدل من أحكام لمصالح ومفاسد في تلك الشروط المتحولة.

نظرة الشريعة إلى الأعراف ومناشئها

تعددت مناشئ الأعراف السائدة، فبعضها ينطلق من نكات عقلائية، وبعضها ينشأ من المصلحة والحاجة الاجتماعية، بعضها نشأة من القهر والغلبة، وحسب تعدد المناشئ تعددت النظرة الشرعية لها، بل بعضها قد نشأ من مناشئ شخصية بحتة. وستتكلم عن كل واحد من هذه الأقسام بشكل مستقل.

القسم الأول: أعراف نشأت من مناشئ عقلائية موجودة في قرائح العقلاء، وهذه الأعراف و إن انتشرت وأصبح المتخلف عنها مورداً للسؤال لكنها تصنّف على حساب النكتة التي انطلقت منها، وتسمى عند الفقهاء بالسيرة العقلائية وأمثلتها كثيرة كرجوع الجاهل إلى العالم مثلاً، والاعتماد على ظواهر الكلام، والتملك بالحيازة، وغير ذلك من المواضيع التي تترتب نتائجها عند حصولها من دون معارضة من قبل أحد.

وبعبارة أخرى الجري والتمسك بهذا النوع من السيرة ناشئ من نكات عقلائية يتفق عليها العقلاء باختلاف أزمنتهم وألوانهم ومعائشهم وثقافتاتهم.

وهذا النوع من الأعراف يحتاج إلى إمضاء المعصوم بعد التقهقر به إلى عصره ليكون قانونا شرعياً يتعامل به. وتم بحث هذا اللون من الأعراف العقلائية بشكل مسهب عند الفقهاء تحت مسميات عديدة من قبيل السيرة العقلائية، أو بناء العقلاء، أو غير ذلك من مسميات تشير إلى نكتة واحدة، وهي أن هذا النوع من العُرف أو السيرة ناشئ من مناشئ عقلائية لا تختلف باختلاف الزمان والمكان.

القسم الثاني: أعراف نشأت نتيجة لوجود مصالح فيها تخدم التجمع الإنساني في فترة ما من فترات التاريخ، فمثلاً الكفاءة في النكاح اقرّها المشرع الإسلامي في الجملة، ولكن معايير الكفاءة وضعها الإسلام في أطر تشريعاته التي تختلف عن الإطار العام الذي يحكم تشريعات المجتمع الجاهلي، وكذلك وضع الدّية على العاقلة.

ويمكن تصنيف بيع المعاطاة وعقد الاستصناع في هذا القسم، حيث نشأت المعاطاة من مصلحة لطرفي العقد، ولكن الشارع تدخل في ترتيب اللوازم على نتائجها، فلم يجعلها بيعاً كعقود البيع التي اقرّها بشروطها المعروفة ولم يهملها ويقف أمامها، بل تدخل في الآثار التي تترتب عليها.

القسم الثالث: أعراف نشأت نتيجةً لوجود أحكام سلطانية قاهرة أجبرت المجتمع على التحلي بها والسير على طبقها، وهذه تارة تكون محللة للحرام كما حدث في بعض الدول من قبيل إجبار الفتيات على خلع الحجاب، أو عدم تسجيل ابناء الزوجة الثانية في الدوائر الرسمية وما شاكل ذلك. وهذه الأعراف كذلك تخضع للضوابط الإسلامية، فيؤخذ ما وافق منها ويترك ما خالف.

القسم الرابع: بعض الأعراف تنشأ من مناشئ شخصية ومصلحية لفئة معينة دون أخرى، كما هو الحال في الربا والتكسب بالأعيان المحرمة والنجسة، وغير ذلك من الأعراف التي تجر مصالح شخصية ضيقة لا تتناسب مع الكوارث التي تخلّفها على مستوى التجمع البشري، وما نلاحظه اليوم من تجمع للثروات في أيدي القلّة، وبقاء الكثرة تحت رحمة هؤلاء، ما هو إلّا نتيجة لهذه الأنظمة الربوية، ويكفينا شاهد ما تحدثت به التقارير من تركز ثروة الدول الأوربية وأمريكا بأيدي أقل من ٦٪ من مجموع السكان.

فكل هذه الأعراف تقع تحت مبضع الفقيه بعد تحليل مناشئها ومعرفة دوافع

انتشارها، فيأخذ بما وافق الشريعة ويلقي ما نافى منها، ويتفنن في درج ما لا دليل عليه تحت قاعدة أو نص.

المعنى العُرفي والمعنى الحرفي

هناك فارق واسع بين المعنيين، فقد يكون أحدهما أوسع من الآخر وبالعكس، وهذا لا يعني أنهما لا يتفقان، بل قد يتفقا في بعض الموارد أحيانا.

فالفقيه الذي يتعامل مع النصوص كما يجب عليه الإحاطة التامة بمعناها الحرفي كذلك يجب عليه الإحاطة بمعناها العُرفي، وبهذه المصاهرة يستطيع المجتهد أن يجعل للإسلام قوة قادرة على الربط بين ما هو ثابت وما هو متغير من حوادث.

فقد يفتي الفقيه استناداً إلى المعنى الحرفي للنص من دون مراعاة العلاقات العرفية الحاكمة في تشخيص ظهور تلك النصوص، فيؤدي الأمر إلى حبس الفتوى في أوراقها المكتوبة من دون تفعليها داخل المجتمع، خصوصاً وأن العُرف والفهم العُرفي له مرجعية في تشخيص هذه الظواهر على أقل تقدير، فمثلاً قال البعض «لو عَلق الظهار على مخالفتها الأمر، فقال: ان خالفت أمري فأنت كظهر أمي، ثم قال لها: لا تكلمي زيداً، ولا تخرجي من الدار، فكلمته، أوخرجت، لم يقع الظهار لأنها ما خالفت أمره، وإنما خالفت نهيه».

فالمعنى الحرفي لوقوع الظهار هو مخالفة أمره لا نهيه، وهذا واضح جداً، وإذا أَردنا ان نسير بهذا المعنى فلا ظهار كما يقولون، ولكن نتساءل مَن قال أن العُرف لا مدخلية له في تشخيص هكذا ظهور؟ ومَنَ قال أن المعنى اللغوي مقدم على العُرفي هنا؟ وما هي المفسدة التي تترتب إذا قُدم المعنى العُرفي لمخالفة الأمر؟ أليس من الأَجدر والأَحرى مراعاة أعراف الناس وما ساروا عليه في ذلك، فهذه التساؤلات تفرض على الفقيه أن يُجيب عليها، وأن لا يكتفي بالفتوى المتقدمة التي يُفهم منها أن الشخص عندما يقول لامرأته لا تخالف أمري لا يدخل تحته مخالفة النهي، عندما

يقول لها: «لا تكلمي زيداً» أو «لا تخرجي من الدار» ولهذا نجد أن صاحب المسالك احتمل وقوع الظهار فقال:

> ويُحتمل الوقوع، أي وقوع الظهار؛ نظراً إلى أنه يسمى في العُرف مخالفة أمره، ويقوى ذلك إن استقر العُرف عليه.[1]

ونفس الكلام يأتي في الكثير من موارد تشخيص الظواهر، فمن حلف أن لا يأكل رؤوساً فالمعنى الحرفي لكلمة «الرؤوس» هو كل ما يصح إطلاق هذا اللفظ عليه فيشمل رؤوس السمك وغيرها، ولكن المعنى العُرفي خص هذا اللفظ برؤوس الإبل والبقر والغنم، فمن تمسك بالمعنى الحرفي يتوجب عليه القول بأن هذا الحالف يحنث بآكل رؤوس السمك، أو رؤوس الطيور، وأما من اتبع العُرف في تشخيص هكذا ظهور فقد خصها برؤوس الإبل والبقر والغنم ولهذا قال صاحب المسالك:

> وقد اختلف الفقهاء في حملها عند الإطلاق على معناها العام أو على بعض أفرادها وهي النعم وما شابهها، فالأكثر على الثاني ترجيحاً للعرف.[2]

فالمعنى العُرفي هو الحاكم في هكذا موارد لا المعنى الحرفي كما هو واضح، ومن أمثلة ذلك أيضاً أن هناك صيغ خاصة بالوقف مثل وقفت أو تصدقت أو ما شابه ذلك من ألفاظ، ولكن لو جرت سيرة الناس ـ وهي جارية ـ وعرفهم على عدم ذكر تلك الصيغ في بعض موقوفاتهم، فيبنون المسجد للصلاة، ويغرسون الأشجار للانتفاع العام، أو يتركوا أَرضهم للدفن، فهل تصبح هذه الموارد وقفاً؟ يمكن القول ان مع وجود الصيغة الخاصة لا يمكن اعتبار ما ذكر وقفاً، ولكن يستطيع الفقيه أن يدغدغ في هكذا نوع ويقول بعدم الموضوعية لهذه اللفظة، خصوصاً إذا علمنا أنّ الوقف تحبيس الأصل وإطلاق المنفعة، وذلك يتم بملاحظة سيرة الناس وأعرافهم في هذا المجال.

---

١. مسالك الأفهام، ج٢، ص٦٧.

٢. المصدر السابق، ص١٥٥.

ولعل هناك الكثير من الموارد يستطيع الفقيه أن يراعي فيها أعراف الناس التي لا تنافي الشارع ولا تقف حائلاً أمام أغراضه ومراداته، وفقهاؤنا المتقدمين من خلال المراجعة كانوا يراعون ذلك، ولكن بحذر شديد كي لا يتقاطع اجتهادهم مع مرادات الشارع وأهدافه، وهذا هو ما يجب أن يكون في هكذا أبحاث لما فيها من خطورة كبيرة.

وهكذا في المباحث القانونية فلابدّ من ملاحظة الألفاظ بملازماتها العرفية لا بقوالبها اللفظية، خصوصاً وأن المحاورات العرفية والمخاطبات الإنسانية قد تبتعد كثيراً عن معانيها اللغوية باتجاه معانيها العرفية، فالاعتماد على اللوازم العرفية في صيغ العقود والدعاوى المرفوعة كفيل بانصاف كلا الطرفين، ولعل حكم القاضي بعدم مطالبة صاحب الدعوى الموافقة للعرف بالبينة من ثمرات هذا المبحث.

أثر العُرف في الاختلاف الفقهي

إنّ مهمة الفقيه الأساسية هي استنباط الحكم الشرعي، أو الوظيفة العملية للمكلف، بحيث يأمن من العقاب أمام مولاه، ولم يكن هذا العمل سهلاً يسيراً لكل أحد، بل يحتاج إلى جهود جبارة لما فيه من دقة في تمحيص النصوص وغربلتها، فهو يحتاج إلى أدوات كثيرة توصله إلى ذلك الغرض، منها ما هو ثابت ومنها ما هو متغير، ومن أهم الأدوات المتغيرة هي نظارة العصر الذي يعيش فيه الفقيه زماناً ومكاناً، فلا يستطيع أحد أن يجرد نفسه من تلك النظارة التي تطبع ألوانها على فهم الدليل، بل فهْم كل شيء إذا أردنا أن نحلله ونحكم عليه، مع الإيمان بأن هناك أحكاماً ثابتة لا تتأثر بتلك الألوان شئنا أم أبينا.

فمثلاً يذهب ابن خلدون إلى أن البلد الذي نشأ فيه الفقيه وترعرع، له تأثير كبير على آراءه وأفكاره؛ إذ يقول في هذا الخصوص:

وأيضاً فالبداوة كانت غالبة على أهل المغرب والأندلس، ولم يكونوا يعانون

الحضارة التي لأهل العراق، فكانوا إلى الحجاز أميل لمناسبة البداوة، ولهذا لم يزل المذهب المالكي غضا عندهم، ولم يأخذه تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع في غيره من المذاهب.[١]

والمشكلة التي عانت منها نصوص ابن خلدون، أنها مبهمة ولهذا كان عليه أن يحدد مدى ذلك التأثير وحدوده وفي أي مجال يتحرك، وهذا ما سبب الأشكال عليه من قبل أحمد أمين في «فجر الإسلام» فقال:

فهو ـ ابن خلدون ـ يُريد أن يقرر أن البلد الذي نشأ فيه الإمام، أو بداوته له أثر خاص في تكوين مذهبه من كثرة الفروع وقلتها، بل يظهر أن لها كذلك أثراً في تكوين رأيه... والظاهر أن هذا المنزع، أعني تقدير الإمام للظروف التي تحيط به وتأثيرها في آرائه، إنما يكون حيث لا يصح نص عند الإمام، فأما إذا صح فلم يكن لهذه الظروف أثراً في تكوين رأيه.[٢]

وهذا الكلام غير صحيح حتى فيما لو قصد ابن خلدون أن الظروف أو الأعراف لها تأثير فيما هو منصوص وثابت؛ لأنّ ما هو منصوص وثابت ما هو إلّا عبارة عن مصطلحات ومفاهيم قابلة لمتغيرات العصر، ففهم تلك المصطلحات وتحديدها تؤثر عليه الحضارة والبداوة بلا شك وشبهه.

وأما إذا كان مقصوده النظر إلى ذلك المذهب ومتبنياته التي قامت على أعراف زمان مالك فلا عبرة بكلام أحمد أمين أيضاً، ولعل هذا هو المراد له، خصوصا عندما قارن بين المذهب المالكي مع بقية المذاهب الأخرى التي نالت الحضارة منها، ونلاحظ تأثيرات الأعراف عند فهم الإمام الخمينيﷺ للشريعة ولذلك عندما سُئل عن فقد الشطرنج طابع كونها آلة القمار برمتها كما في يومنا هذا، لأنها تستعمل كأنها رياضة فكرية فما حكمها؟

---

١. ابن خلدون، المقدمة، ص٢٢٥.

٢. أحمد أمين، فجر الإسلام، ص٢٢٥.

أجاب: على الفرض المذكور لو لم يكن فيه الرهن ـ والفوز والرسوب ـ لا إشكال فيه.

وكذا السؤال في آلات اللهو واللعب حيث لها موارد مشروعة كما في الأناشيد الثورية والشعبية، فهل يجوز بيعها وشراءها؟

أجاب الإمام: لا إشكال في بيع وشراء الآلات المشتركة قاصداً منافعها المحللة.

واعترض عليه بعض الفقهاء فرد الإمام قائلاً:

على ما كتبت سماحتك أن الزكاة ومصارفها هي الفقراء وسائر الأمور التي ذَكرَتَها الأخبار فحسب والآن في زماننا هذه التي بلغت مصارفها مئات عما كانت عليه، فلا محيص عنه حينئذٍ ولا طريق، وأن الرهان يختص بالسيف والرماية بالقوس والنصل ـ الرمح ـ ومباريات الحصان وأمثالها، كما أنها استعملت كذلك في الحروب والغزوات السابقة في العصور الإسلامية الأولى، واليوم تصبح في تلك الموارد محتسبة لا غير، وأن الأنفال التي حُللت للشيعة كذلك اليوم الشيعة لهم الحق أن يستفيدوا من الغابات مع هذه المكائن المتطورة ويخربوها من دون أن يمنعهم أحد من ذلك، ولهم الحق أن يزيلوا ويعدموا كل ما هو سبب حفظ البيئة وسلامتها، وأن يجعلوا بذلك أرواح ملايين من الناس في معرض الفناء والهلاكة بحيث لا يحق لأحد أن يمنعهم عن ذلك، وهل على رأيكم لا يحق للدولة الإسلامية أن تخرب الدور والمساجد التي يحتاج إلى تخريبها لإحداث وبناء الشوارع للحيلولة دون حدوث حادثة في المرور والقيادة ولحفظ الآلاف من الأرواح البشرية وأمثالها، وبالجملة على الرأي الذي تستنبطه سماحتك من الروايات، فالحضارة الحديثة يجب أن تزول كلياً من صفحة الأرض، وعلى الناس أن يقطنون في الأكواخ، ويعيشوا في الصحارى والأحقاف، وأما الشطرنج فهي بعد أن خرجت عن كونها آلة قمار كما في الفرض المذكور، ففي كتاب جامع المدارك لأحمد الخوانساري: أنه يجوز اللعب بالشطرنج بلا رهن، ثم ناقش وضعّف جميع الأدلة المذكورة في تحريم اللعب معها، ومعلوم أنه من

أهل التقوى والاحتياط، وهو ذو مقام علمي ورأي دقيق ولطيف.[١]

ومن الواضح أن المعترض لم يبتلِ بما ابتلى به السيد الإمام ﷺ من التشريعات الاجتماعية التي عليها أن توفق بين النص والواقع، وما آل إليه زمان اليوم من أعراف وأدوات جديدة ومتغيرة؛ ولذا صرح الإمام بذلك عندما عبر عنه بحضارة اليوم، بل صرح به في كل نص من نصوص هذا المقطع. ويذكر الشهيد مطهري منبّهاً لطيفاً لتأثير الأعراف في النظر إلى الدليل فيقول:

> الفقيه عمله استنباط الأحكام، ولا ريب إن إحاطته بالموضوعات والعناوين، بل وكيفية رؤيته للعالم، يؤثر تأثيراً كبيراً على فتاويه، ووجهة نظره، فعلى الفقيه أن يحيط علماً بالموضوعات التي يفتي فيها، إحاطة تامة كاملة شاملة، ولو فرضنا أن فقيهاً يعيش ويسكن في بيته أو مدرسته منزوياً عن الناس، وآخر يعيش مع الناس، وفي قعر الاجتماع وبحبوحته، فيختلف استنباط أحدهما عن الآخر عند مراجعتهما إلى الأدلة الشرعية ومصادر الأحكام، مثلاً لو فرض أن فقيهاً نشأ ونما بمدينة طهران وبلغ ودرس هناك، أي في مدينة طهران التي يكثر الماء الجاري والكر فيها، وفيها أحياض وأنهار، هذا الفقيه عندما يفتي في أحكام الطهارة والنجاسة... إذا رجع إلى الأخبار والروايات الواردة في باب الطهارة والنجاسة يستنبط منها طوراً تقترن فتاويه بالاحتياط ولزوم الاجتناب عن كثير من المياه، ولكن هذا الشخص الفقيه عندما سافر وزار بيت الله الحرام وحج ورأى كيفية الطهارة والنجاسة، أو فقدان الماء هناك، ستختلف وجهة نظره بالنسبة إلى الروايات، فيختلف رأيه في الباب عما كان عليه، أي بعد هذه السفرة والزيارة.[٢]

واضاف أيضاً.

وهذا لا يعني تغير الأحكام بالكلية، بل الدين دين الخاتم، وهو خاتم الأديان ولا تشريع بعده، فلا يختص بزمانٍ معين دون آخر، أو قطر كذلك، بل هو دين الأقطار

---

١. صحيفة نور، ج٢، ص٣٤، نقلاً عن نظرية العُرف، ص١٦٦، ١٦٧.

٢. الشهيد مطهرى، عشر مقالات (ده مقاله)، ص ٨٠، نقلاً عن نظرية العرُف، ص١٦٣، ١٦٤.

والأمصار أي الدين الذي جاء ينظم الحياة والمعاش ويطورها ويحولها.

ثم بين الشهيد المطهري‌ﷺ دور الزمان والمكان في كتاب آخر فقال:

إن الزمان يغير التكليف والحكم، نعم روح الإسلام ثابتة في كل الأزمنة والأعصار، كما أن بدن الإنسان متغير وروحه المسماة بالأنا ثابتة.[1]

فالأعراف والتقاليد التي تتأثر بالزمان والمكان لها دور مهم في صياغة الفهم العام والنظرة الأولية للنصوص التي يتعامل معها الفقيه، من هنا ينبع الاختلاف بينهم في كثير من المسائل، وكما قيل إن الاختلاف اختلاف عرف وزمان لا اختلاف حجة وبرهان.

المدارس القانونية الوضعية ودور العُرف في تشريعاتها

هناك مدارس عديدة للقانون الوضعي، تختلف إحداهما عن الأخرى بالمتبنيات الفكرية التي تدعوا إليها، والركائز والأسس التي تعتمد عليها، ومن خلال ذلك تختلف كل مدرسة عن زميلتها في نظرتها إلى العُرف، فكل واحدة تحاول إسقاط ما تملك من متبنيات على الأدوات التي تتعامل بها، ومن هذه الأدوات هو العُرف، فلابدّ من إيجاز مختصر لكل مدرسة ومتبنياتها، ومساحة العُرف عندها، فمن هذا المدارس.

أولاً: مدرسة القانون الوضعي

ونحن هنا لسنا بصدد الحكم على هذا الركن أو ذاك من أركانها، بقدر عرضها ومناقشة ما يتعلق بالعرف منها.

فقد عُرِفت هذه النظرية بالنظرية التحليلية، لأنها حاولت تحليل القانون بعيداً عن الفرضيات، وسُميت بالنظرية الإنكليزية نظراً إلى واضع قواعدها الإنكليزي «أوستن».[2]

---

١. الشهيد مطهرى، الإسلام ومتطلبات العصر، ص١٨٤.

٢. أوستن عالم قانوني انكليزي، درس في المانيا، وعين أستاذاً لأصول القانون في جامعة لندن في النصف الأول من القرن التاسع عشر.

وحاولت هذه النظرية تعريف القانون، حتى تجعل من هذا التعريف حاكماً على كل أداة من الأدوات التي تسعى إلى تحليلها، فقالت: القانون: هو أمر يصدر من السلطان، فرداً كان أو هيئة، يلزم فرداً أو أفراداً في اتباع طريق معين في سلوكم.[١]

فهذا التعريف يفرض لابدية السلطة السياسية التي تلزم الأفراد في تطبيق أوامرها، وعلى هذا الفرض لا يكون هناك معنى للعرف في مفرداتها إذا لم يقره السلطان وتقره تلك الهيئة السياسية أياً كان شكلها، ولكن تنبّه واضعها ـ أوستن ـ إلى سلطان العُرف الحاكم الذي لا ينتظر إجازة السلطان في التطبيق والإلزام فلجأ إلى الأكل من القفا، في اعتبار العُرف جزءً من القانون بحجة أن السلطان قد أجازه، وعلى حد تعبيره «وما يجزه السلطان فكأنه قد أمر به».

وإعترض عليه بأن ذلك مصادرة لمصدرية العُرف في القانون، لما هوواضح من إلجاء السلطان أو الحاكم إلى الاعتراف به، وليس ذلك تفضلاً منهم، فالعرف له قوة إلزام ذاتية لا يستطيع السلطان أن يقف بوجهها، ولهذا تراجع المشرع التركي عندما منع الناس من الزواج ثانياً، خصوصاً وأن هذا المنع مخالف لمعتقدات الناس الدينية والاجتماعية وأعرافهم وتقاليدهم، فعندما خالف الناس ذلك التشريع، وتزوجوا ثانياً وثالثا، اضطر المشرع إلى الاعتراف بالأولاد وكونهم شرعيين، وهذا يمثل الغاءً ضمنياً لذلك التشريع وإن لم يكن صريحاً، فالعرف والتقليد هنا قد منع منه السلطان، ولكن اضطر بنفسه أن يجاري تيار العُرف الجارف وينص على شرعية الأولاد.

المهم أن مستند العُرف وقوته في هذه النظرية هو إجازة السلطان له، فما لم يجزه لم يؤخذ به.

ثانياً: النظرية التاريخية للقانون

سميت هذه النظرية تارة بنظرية التطور التاريخي وأخرى بالنظرية الاجتماعية، وثالثة بالنظرية الألمانية، ووضع أركانها وشيدها «كارل فون سافيني» سنة ١٨١١م.

---

١. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، ص ٦٩.

ولا نُغالي إذا قلنا أن هذه النظرية جعلت العُرف هو المصدر الأساسي للقانون، لأنها جعلت القانون مظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية وجزءً من التراث القومي، وهو بهذا الاعتبار كاللغة والدين والتقاليد.[١]

فقد همّشت هذه النظرية دور المشرع، وركزت كل اهتمامها على اكتشاف عادات وتقاليد الأمة، وصياغتها في قوالب قانونية ثابتة، وقد بنى سافيني نظريته هذه على ركنين:

الأول: ضرورة القانون، لأنه ينسق العلاقات بين الفرد والمجتمع، فالقانون على ذلك يكون سابقاً على الدولة بمعناها الحديث المعاصر أي بعكس ما قاله أوستن تماماً.

الثاني: تطور القانون، لأنه مظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية للناس خاضع للتطور والنمو وإن كان نمواً بطيئاً.

فالعرف بناء على هذه النظرية هو المُستند الأساسي للقانون، يتمتع بقوة إلزام ذاتية غير مجعولة، ويستمد هذه القوة من التزام الناس بقواعده وقوانينه.

فهذه النظرية وإن كانت تستند إلى واقع لاحياد عنه في بعض جوانب القانون، لكن لا يستطيع أحد أن ينكر دور المشرع في الجانب الآخر، لأنه المُعدّل والمغير والمطور للقواعد القانونية سلباً أو إيجاباً.

فالمدرسة المذكورة جعلت الإلزام عنصراً ذاتياً للعرف ولهذا يقول «سافيني»: يقوم وجود وحقيقة القانون الوضعي في الضمير العام للشعب، وهذا الوجود شيء غير محسوس، فبأي وسيلة ندركه؟ إننا ندركه حين ما يكشف عن ذاته بفعل ظاهر، بأن يأخذ شكل عادة، أو سلوك، أو عرف.[٢]

والمتأمل لكلمات «سافيني» وغيره من أنصار هذه المدرسة، يجد أن النزعة

---

١. المصدر السابق، ص٦١. ٢. المصدر السابق، ص١٣٥.

القومية وما رافقها في المانيا من حوادث لم تكن نزعةشعبية عشوائية، بل هي نزعة مقننة من قبل علمائهم ومفكريهم، والبحث هنا ليس هدفه الكشف عن أبعاد ذلك من خلال أقوالهم وتصريحاتهم.

ثالثاً: نظرية القانون الطبيعي

سميت هذه النظرية بمذهب القانون الطبيعي، ويراد بالقانون الطبيعي: ذلك القانون السرمدي الخالد الذي يكشف عنه العقل البشري، ويخضع الناس جميعاً إلى سلطانه، وهو يوجههم لما فيه خيرهم وصلاحهم[1] ولا يتضح لهذا التعريف معنى إلّا بعد تحديد معنى كلمة الطبيعي، فقد استعملت هذه الكلمة بعدة معاني وهي:

١. صفة أو خاصة من خواص الشيء أو المخلوق، أوخصوصية من خصوصيات الأفعال فيقال مثلاً، حادث طبيعي، أو إنسان طبيعي أو سلوك طبيعي.

٢. النظام المادي للكون حيث سمي النظام الطبيعي.

٣. العلاقات المادية القائمة بين أفراد الجنس البشري، فيقال، مثلاً، قرابة طبيعية عكس القرابة التي تتولد بسبب الولاء أو الرضاع وكذلك يقال حقوقاً طبيعية بدلاً من الحقوق الوضعية.

٤. المنطق السليم أو الإدراك السليم، فمثلاً، يقال: وضعٌ طبيعي، أي سليم ومعقول ويقال: نتيجة طبيعية، أي ليس فيها ما يخالف المعقول والمحسوس.

٥. يستعمل الطبيعي بما يقابل الشعور الطيب والمثالي والأخلاقي العام السائر بين الناس.[2]

فنحن لا نستطيع أن نشرك العُرف كأداة من أدوات هذه المدرسة ما لم ندرك المراد من الطبيعي عندهم، لأنّ العُرف لا معنى له إذا كان مرادهم من الطبيعي هو النظام العام للكون، ولكن الذي يهون الخطب أنّـهم استعملوا الطبيعي حتى في

---

١. المصدر السابق، ص٤٢. ٢. المصدر السابق، ص٤٣، ٤٤.

العلاقات المادية والسلوك الاجتماعي العام في المجتمع، فيدخل العُرف عندهم كجزء من القانون السرمدي بحد تعبيرهم، لما يملك من صفة الإلزام وخضوع الناس إلى سلطانه، وقد استعمل أرسطو هذا المعنى عندما جعل منشأ العدل إمّا أن يكون طبيعياً، وهو الذي ينبع من القواعد التي يتعارف عليها الناس، وإمّا أن يكون عرفياً تفرضه هيئة سياسية معينة، فالعدل المطلق هو القانون الطبيعي، والعدل العُرفي هو القانون الوضعي.[١]

رابعاً: النظرية الماركسية للعرف

حدد القانون السوفيتي دور العُرف في إطار ضيق جداً لما يمتلك ذلك القانون من نظرة تحويلية من مرحلة إلى أخرى، بحيث يتم من خلال ذلك هجر كل استحقاقات المرحلة السابقة وحرقها، وتحويل المجتمع إلى مجتمعٍ ثوري يتربص الفرصة للانقضاض على كل وسائل وطرق المرحلة السابقة، فمن يملك هكذا نوع من التفكير لا يعبأ بالعرف ولا بعادات وتقاليد المرحلة السابقة مهما كانت درجة الإلزام والاطراد ما دام التغيير يتم عن طريق الثورة، لكن كل هذه الأفكار والدعاوى الرنانه لم تستطيع أن تتجاوز العُرف واضطرت إلى الاعتراف به وإن كان في حدود ضيقة، فقد ورد تحكيم العُرف في القانون السوفيتي في بعض نصوص القانون الزراعي في المادة (٨ و٧٧) وورد تحكيم العُرف في مواد الملاحة التجارية (المواد ٨٩ ـ ٩٠).[٢]

فبالرغم من عدم اعتراف المراحل اللاحقة بوسائل المراحل السابقة في الفكر الماركسي إلّا أنه ارغم على الاستجابة للعرف السابق بحيث اضطر إلى إقرار مواده وبنوده.

---

١. المصدر السابق، ص ٤٤.

٢. الدكتور عبد السلام النزمانيني، القانون المقارن والمفاهيم القانونية الكبرى المعاصرة، ص٢٥٦، طبع جامعة الكويت، ١٩٨٠م.

وفي ختام هذا البحث نقول: إنّ مدارس القانون ومذاهبه كثيرة، منها مدرسة الشرح على المتون، وأبرز رجالها «بونيه» و«ديمولومب» ونظرية الغاية الاجتماعية ومن أبرز رجالها الالماني «رودولف فون يزنك» ونظرية التضامن الاجتماعي، وأبرز رجالها «ليون دوكي» والمدرسة الواقعية ومرجعها للقاضي «هولمز» و«كراي». وكل هذه المدارس إما أن تعتبر بالعرف وتجعله من مستندات تلك النظريات، وإما لا تعترف به وفقاً لمتبنياتها، واكتفينا بما ذكرناه أعلاه؛ لأنّ باقي المدارس لا تخرج عما أوضحناه في الاعتبار وعدمه.

خلاصة وتقويم

ونتيجة لما تقدم نقول: إنّ الإنسان لم يُخلق منفرداً بل خلق للعيش ضمن بحبوحة الاجتماع فاحتاج إلى تشريع يضمن له حقوقه ويعرّفه واجباته، والتشريع الإسلامي يُدّعى له هذا المعنى بصراحة ووضوح؛ لما يتمتع به من شمولية وموازنة تجعل من الإنسان محوراً تلتف حوله الاطر الثابتة والمتغيرة لتحقيق الهدف المنشود، ومن هذه الاطر المتغيرة الممارسات العرفية والتقاليد الاجتماعية ومدى تأثيرها على فهم الفقيه المسؤول عن تحديد الموقف الشرعي أو الوظيفة العملية مما يستوجب منه معرفة هذه الاعراف والبحث فيها والغور إلى مناشئها والوقوف عند حدودها وتشعباتها.

٢
العُرف والعادة لُغةً واصطلاحاً

العُرف لغةً

لا نخرج في هذا العنوان عن الدراسات اللغوية الكلاسيكية، لما فيها من أهمية بالغة في تحرير محل النزاع؛ لأنّ الكثير من المعاني الاصطلاحية لبعض المفاهيم تنبع من جذرها اللغوي فنقول:

جاءت كلمة العُرف بضم العين وفتحها وكسرها في مقاييس اللغة بمعاني متعددة وهي:

أ) أعلى الشيء، وورد هذا المعنى اللغوي للكلمة في القرآن الكريم بقوله عزّ وجلّ في سورة الأعراف ﴿...وَعَلَى ٱلْأَعْرَافِ رِجَالٌ... ﴾.[١]

يقول السيد الطباطبائي مُفسراً الآية:

> ثم أخبر الله سبحانه أن على أعراف الحجاب وأعاليه رجالاً مُشرفين على الجانبين لارتفاع موضعهم يعرفون كلاً من الطائفتين أصحاب الجنة وأصحاب النار.[٢]

وجعل الزمخشري هذا المعنى للكلمة مجازياً، فقال في تفسير الآيةالمذكورة:

---

١. الأعراف، ٤٦

٢. محمد حسين الطباطبائي، الميزان، ج ٨، ص ١٢٤.

وعلى أعراف الحجاب، وهو السور المضروب بين الجنة والنار وهي أعاليه، استعير من عُرف الفرس وعُرف الديك.[١]

ب) التتابع، ورد هذا المعنى في كتاب الله تعالى بقوله عزّ وجلّ: ﴿وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ﴾.[٢]

يقول الآلوسي في تفسير الآية: «ويجوز أن يكون المراد والملائكة المرسلات، متتابعة كشعر عنق الفرس».[٣]

وفي الصحاح للجوهري قال: والعُرف عرف الفرس، وقوله تعالى ﴿وَٱلْمُرْسَلَٰتِ عُرْفًا ﴾ يُقال هو مستعار من عرف الفرس، أي يتتابعون كعرف الفرس، وهذا يشير أيضاً إلى الاستعمال المجازي في الآية.

ج) الصبر، وجاء هذا المعنى في قول الشاعر أبو دهبل الجمحي:

قل لابن قيسٍ أخي الرقيات ما أحسن العِرف في المصيباتِ

د) الاعتراف، ومُثّل لذلك قوله: (له عليّ ألف عرف، أي اعتراف، ويقول صاحب أقرب الموارد: والعُرف اسم من الاعتراف بمعنى الإقرار).[٤]

هـ) ضد النكر: «والمعروف ضد المنكر، والعُرف ضد النكر، يقال: أولاه عرفاً أي معروفاً».[٥]

وقال النابغة:

أبى الله إلّا عدله ووفاءه فلا النكّر معروفٌ ولا العُرف ضائعٌ[٦]

ولهذا فسر الراغب الأصفهاني العُرف: بالمعروف من الإحسان.[٧]

و) الرائحة الطيبة، قال الشاعر:

---

١. الزمخشري، الكشّاف، ج٢، ص٨٤

٢. المرسلات، ١.

٣. ر. ك: تفسير الألوسي لهذه الآية.

٤. أقرب الموارد، ص٧٦٩.

٥. المصدر السابق.

٦. ديوان النابغة، ص٥٣.

٧. الراغب الاصفهاني، المفردات، ص٣٣٣.

إلا رُبَّ يـومٍ قـد لهـوت وليـلةٍ بواضحة الخدَّين طـيبةِ العَـرْف

ولكن قد يُشكل على هذا المعنى الأخير بأن العَرْف، بفتح العين، هو الريح طيبةً كانت أو منتنةً، فكيف خصصتموه بالريح الطيبة فقط؟

فيقال: لكثرة استعماله في الطيبة، فهو معيار غالب لا قياس مطّرد كما أشار إلى ذلك الشيخ ولي قوته.[1]

ولابدّ من الإشارة إلى أنّ صاحب أساس البلاغة جعل بعض المعاني التي تُطلق على العُرف مجازية، وليست حقيقية فقال:

ومن المستعار أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها... وإعرورف البحر إرتفعت أمواجُه... وأعرورف فلان للشر أشرأب له.[2]

وفي ختام هذا البحث نذكر كلمة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، (ت ٣٩٥هـ) من كتابه مقاييس اللغة والسر في ذلك، أنها حوت على أغلب معاني العُرف اللغوية قال فيها:

(عرف) العين والراء والفاء، أصلان صحيحان، يدل إحداهُما على تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، والآخر يدل على السكون والطمأنينة، فالأولى (العُرف) عرف الفرس، وسمى بذلك لتتابع الشعر، ويقال: جاء القطا عرفاً، أي بعضها خلف بعض. والأصل الأخر (المعرفة والعرفان) تقول: عرف فلان فلاناً عرفاناً، ومعرفةً، وهذا أمرٌ معروف، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه، لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه، والعُرف (المعروف) سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه، قال الشاعر:

أبـى اللـه إلّا عـدله ووفـاءهُ فلا النكر معروفٌ ولا العُرف ضائعُ[3]

فالمعاني اللغوية للعرف تختلف باختلاف تصريف هذه الكلمة وتفسير حركاتها الإعرابية.

---

١. عادل عبد القادر ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ج١، ص ٨٩، هامش ١. ٢. الزمخشري، أساس البلاغة، ج٢، ص٧٤.

٣. مقاييس اللغة، ج٤، ص٢٨١.

العُرف اصطلاحاً

إذا أردنا أن نقف على تعريف سليم ودقيق للعرف، لابدّ لنا من استقراء التعاريف المذكورة له، وما أشكل عليها، فنقسمها إلى ثلاثة طوائف.

الطائفة الأولى: عرَّف الفقيه الحنفي النسفي العُرف في كتابه \المستصفى[1] فقال: «ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول».[2]

وذكر الهندي في شرح \المُغني، العادة، وبعد أن ساوى بينها وبين العرف، قال: «عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السلمية».

وعرَّفه السيد الجرجاني في سلّم الوصول بأنه: «ما استقرت النفوس عليه، بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول».[3]

وقال البغدادي في تعليقته على \الأشباه والنظائر للسيوطي «العرف في اصطلاح الأُصوليين والعادة: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول».

ونكتفي بهذا القدر من التعاريف للطائفة الأولى.

المدافعون عن هذه الطائفة: يقول الأستاذ أبو سنّة في شرحه للتعريف الأول، وهو «ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة في القبول» «ما» عامّ يشمل القول والفعل، قوله: «ما استقر في النفوس» يخرج عنه ما حصل بطريق الندرة، ولم يعتده الناس، فأنه لا يعد عرفاً. وقوله: «من جهة العقول»،يخرج به ما استقر في النفوس من جهة الأهواء والشبهات، وما استقر بسبب خاص كفساد الألسنة، أو بسبب أمر اتفاقي كتفاؤل قوم من بعض الأعمال، فيتعارفون فعلها أو تشاؤمهم

---

١. لقد وقع البعض في اشتباه عندما تصوروا أن التعريف المذكور للغزّالي للإشتراك في إسم الكتاب، كالاستاذ الزرقاء في المدخل وأبو زهره والدكتور الخياط، وغيرهم، كما ذكر ذلك الاستاذ عادل عبد القادر.

٢. ابن عابدين، مجموعة رسائل، ص١١٢.

٣. سلم الوصول، ص٣١٧.

مـنها، فـيتعارفون تـركها. وقـوله: تـلقته الطـباع، يـخرج بـه مـا أنكـرته الطـباع أو بعضها، فانه نكرٌ لا عرفٌ.

وعلى هذا يجري العُرف في الأقوال والأَفعال التعاملية والخُـلقية، ويـقوم كـيانه على استقرار الأمر في النفوس، وقبول الطباع السليمة له، ومـتى تـوفر له ذلك فـقد وجدت حقيقة العُرف.[1]

وبالرغم من هذا الدفاع المستميت عن هذه الطائفة، يبقى هناك مجال للأشكال والمناقشة؛ وذلك لأنّه ليس كل ما قبلته الطباع يعد عرفاً، ولا كل ما أستقر في النفوس من جهة العقول يُعد عرفاً أيضاً، فالعقائد صحيحة كانت أو باطلة تستقر في النفوس من جهة العقول ولكنها ليست عرفاً،[2] بالإضافة إلى أن في الأعـراف مـا هـو فـاسد أنكرته الشريعة، وصحيح أيدته، مع انقسام العُرف لهما.

وفي الختام يقول السيد محمد تقي الحكيم:

> يرد على هذه التعاريف أخذها شهادة العقول، وتـلقي الطـباع له بـالقبول فـي مفهومه، مع ان الأعراف تتفاوت وتختلف بـاختلاف الأزمـنة والأمكـنة، فـهل تختلف العقول والطباع السليمة معها أم لا؟
>
> ثم إن قسماً من الأعراف أسموها بالأعراف الفاسدة، فهل أن هذه الأعراف مما تقبلها العقول والطباع السليمة؟ وكيف يتّسع التعريف لها وهي مجانبة للسـليم من الطباع! مع أنهم جميعاً يذكرون في تقسيماته انقسامه إلى فاسد وصحيح، إلى غير ذلك مما يرد عليها.[3]

الطائفة الثانية: قال الشيخ عبد الوهاب خلّاف: «العُرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قولٍ أو فعل أو ترك».[4]

وقرّب السيد تقي الحكيم هذا المعنى في كتابه الأُصول العامة، وقال صاحب بلوغ

---

١. عادل عبد القادر، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص٩٤، ٩٥.

٢. المصدر السابق.

٣. محمد تقي الحكيم، الأُصول العامة، ص٤١٩.

٤. عبد الوهاب خلّاف، علم أصول الفقه، ص٩٩.

السؤل من المالكية عند شرح قول ابن عاصم الأندلسي في منظومته في الأُصول: «العُرف هو ما يعُرف بين الناس».[١]

وعرّفه الشيخ ولي قوته بأنه «ما يغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك».[٢] وذهب إلى ذلك الشيخ محمد الطاهر بن عاشور،[٣] والشيخ عبد الكريم الخطيب[٤] وأخيراً يقول الأستاذ مصطفى الزرقا: «عادة جمهور قوم في قولٍ أو فعل»[٥] ودافع السيد تقي الحكيم عن هذا المعنى، ومع ذلك يمكن غمز هذه الطائفة من التعاريف بالمناقشة إلّا ان يقال ان العُرف هو اعم من المعتبر شرعاً وغير المعتبر.

الطائفة الثالثة: تبنت هذه الطائفة قيداً جديداً، خلت منه الطوائف المتقدمة، وبه أشكلنا على الطائفة الثانية، وهو عدم ردع الشارع، يقول الشيخ علي محمد هادي كاشف الغطاء:

> العُرف هو ما تعارف بين الناس، فعله أو تركه أو قوله، وهو المسمى بالعادة العامة، ويسمى بالسيرة، مع عدم ردع الشارع عنه.[٦]

وقال ابن عطية: «العُرف كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة».[٧]

وقال ابن ظفر في الينبوع: «العُرف ما عرفه العقلاء بأنه حسن، وأقرهم الشارع عليه».[٨]

ويلاحظ على هذه الطائفة أن هناك أعرافاً، لم تردع عنها الشريعة، ولكنها غير مستمرة، فلا تدخل فيما هو المبحوث عنه هنا.

---

١. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الاسلامي، ص٥١.
٢. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص٩٨.
٣. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الاسلامي، ص٥١.
٤. عبد الكريم الخطيب، سد باب الاجتهاد وما ترتب عليها، ص١٢٣.
٥. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي، ج٢، ص٨٤
٦. محمد علي كاشف الغطاء، مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، ص١١٨.
٧. ابن عطية، المحرر الوجيز، ج٦، ص١٨٦.
٨ ابن النجار الحنبلي ذكره في شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، ص٤٧.

وأخيراً فالتعاريف المتقدمة كلها تعاريف لفظية لا عبر بالنقض والإبرام فيها، وأقربها إلى الواقع هو تعريف الطائفة الثانية لشموله كل أقسام العُرف صحيحاً كان أو فاسداً وهو المختار.

العرف: هو ما تعارف عليه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك بغض النظر عن موافقة الشريفة وعدمها.

أما علماء القانون فقد اخلتفوا في اعطاء تعريف واضح للعرف بسبب اختلافهم في اضافة بعض الشروط وحذفها، فقد عرّفه السنهوري وأبو ستيت فقالا: هو مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلاً عن جيل، والتي لها جزاء قانوني كالقانون سواء بسواء[1] وعرّفه الدكتور منصور مصطفى بأنه: اعتياد الناس على نوع من السلوك مع الاعتقاد بأنه ملزم وإن مخالفته تستتبع جزاءً مادياً جبراً.[2]

وعرّفه الدكتور حسن كيرة بأنه: الدلالة على القاعدة أو السنة التي تحمل العقيدة في إلزامها على اطراد اتباعها في العمل.[3]

ومن الملاحظ على ما تقدم أن التعريف الأول خلا من شروط الإلزام واكتفى بالجزاء القانوني الذي قد يحدث بتطبيقه من قبل سلطة معنية من دون أن يكون للعرف في ذاته إلزاماً، وخلا التعريف الثاني من شرط الاطراد، وبالنتيجة أنها تعاريف لفظية ليست بصدد بيان حد العُرف المنطقي في القانون.

وقد خالفت تلك التعاريف ما جاء على لسان الفقهاء من ألفاظ نسبوها إلى تعريف العُرف من أمثال، موافقته للطباع السليمة والعقول وما شابه ذلك، بل أطلق أصحاب القانون نظرتهم إلى العُرف من هذه الجهة، فقد يقر علماء القانون ما لا يقره الفقهاء ويكون ملزم بنظرهم حتى لو خالف الشريعة لمجرد كونه نابعاً من تعارف

---

١. السنهوري وأبو ستيت، أصول القانون، ص٨٧

٢. مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، ص١٠٤.

٣. حسن كيرة، المدخل للقانون، ص٢٠٧.

الناس عليه خصوصاً إذا اتصف بصفة الالزام كما في الربا، والعمل المخالف للشريعة في بعض مواضع التهمة والفساد، والقانون لم يقيد العُرف بذلك، بل قد تنطلق الأعراف من الاهواء والشهوات الفاسدة وتصبح ملزمة كما هو عليه العالم الغربي اليوم. وهذا من نقاط الاختلاف البارزة بين الفقهاء والقانونيين.

العادة لغةً

يقول ابن منظور: والعادة: الديدن يُعاد إليه، وجمعها عاد وعادات وعيدٌ، وتَعَوَّدَ الشيء وعادة وعاوَدَه ومعاودةً وعِواداً واعتادَه واستعاده واعاده أي صار عاده له، أنشد ابن الإعرابي:

لم تَزَلْ تلك عادَةَ الله عندي والفتى يألِف لما يَسْتَعِيدُ

وقال:

تَعَوَّد صالِحَ الأخلاق، إني رأيتُ المرءَ يَأْلَف ما اسْتَعادا

وتقول: عاد الشيء يعودُ عوداً ومعاداً أي رجع: وقد يرد بمعنى صارا ومنه حديث معاذ: قال له النبيﷺ: **أَعُدْتَ فتَّاناً يا مُعاذُ**، أي صرت والعيد: ما يُعادَ من نوبٍ وشوق وهَمّ ونحوه.[١]

ويقول الراغب في مفرداته: والعادة: اسم لتكرير الفعل والانفعال حتى يصير ذلك سهلاً تعاطيه كالطبع، ولذلك قيل: العادة طبيعة ثانية.[٢]

إذن العادة لغةٍ: هي تكرار الفعل باستمرار حتى يصبح طبعاً يتصف به المعاود.

العادة اصطلاحاً

عُرفت العادة في الاصطلاح بأنها:

«ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المعقولة عند الطباع السليمة»[٣] وفي

---

١. ابن منظور، لسان العرب، ج٣، ص٣١٧ ـ ٣١٩.

٢. الراغب الاصفهاني، مفردات الفاظ القرآن، ص٥٩٤.

٣. الزبيدي، تاج العروس، ج٢، ص٤٣٩.

شرح التحرير عُرفت بأنها:

«الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية».

وشرح ابن عابدين تعريف العادة بقوله: أن العادة مأخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة، مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول، من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية.

فمنشأ العادة هو الأمر المتكرر، سواء حصل ذلك للفرد بتكرار ما اعتاده في شؤونه الخاصة من مآكل ومشرب وبهذا تسمى العادة الفردية الخاصة أو حصل من اعتياد جماعة أمراً معيناً فيسمى عادة جماعية.

وكذلك لا يختلف الحال في سبب نشوء هذا الأمر المتكرر سواء كان سبباً طبيعياً تكوينياً، كسرعة نضج الثمر في المناطق الحارة وبطئه في المناطق الباردة، أو كان ناشئاً من سبب اعتباري، بل حتى من الأهواء والتقاليد الفاسدة، فكل تلك المناشيء قد تسبب نشوء عادات يجب النظر إليها في الفتوى والتشريع بلحاظ أنها مستحدثات.

وأما في القانون فقد عرفها الكانبوني في أصول القانون بأنها:

> القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملتهم والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة بذاتها.[1]

فالعادة بناءً على ذلك هي من الاتفاقيات غير الملزمة في نفسها عندعلماء القانون.

الفرق بين العُرف والعادة

قد يرى القارئ أن من السهل إعطاء تعريف اصطلاحي لمفهوم معين، وذلك بمراجعة أقوال العلماء فيه، ولكن عندما يختلف العلماء في دمج ذلك المفهوم مع غيره أو فرزه، يصعب هنا التحديد الاصطلاحي لذلك المفهوم، ومن المفاهيم التي

---

١. صالح عوض، أثر العرُف في التشريع الإسلامي، ص٥٧.

اختلف العلماء في دمجها وفرزها، هو مفهوم العُرف والعادة فمنهم من قال: أن العُرف والعادة مترادفان، وذهب إلى ذلك النسفي الحنفي، وابن عابدين، وابن نجيم، والرهاوي[١] وغيرهم ممن عطف العادة على العُرف وجعلها من الأمور المستقرة في النفوس كما هو العُرف.

ومنهم من قال: أن العُرف أعم من العادة، لأن العادة تقتصر على العُرف العملي فقط، أما العُرف فيتعداها إلى القولي، وذهب إلى هذا الاتجاه كل من ابن همام، والبزدوي، وصاحب التلويح.[٢]

وعكس الفريق الثالث ما قاله الفريق الثاني وقالوا: بأن العادة أعم من العُرف، فهي تشمل ما كان مصدره العقل، كتحريك الخاتم بتحريك الإصبع، أو الطبيعة كالحيض والحمل وحرارة البلد وبرودته، وما ليس له علاقة عقلية من قول أو عمل صادر من فرد أو جماعة، وهو العادة الفردية من أكل أو نوم، والعادة الجماعية الحسنة أو القبيحة كأفراح الأعياد والأعراس والقضايا القومية والوطنية، وإطلاق بعض الألفاظ على معانٍ معينة والتعامل ببعض التصرفات والعقود كالاستصناع وهدايا الخطوبة.[٣]

وعرَّفها البعض مُنطلقاً من بعض معانيها اللغوية «المعاودة والتكرار» فقال: هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية،[٤] أي أن الأمور التي يحكم العقل فيها بالتكرار لا تسمى عادة، بل هو تلازم عقلي، كحدوث الأثر بحدوث المؤثر، ودافع الدكتور صالح عوض عن ذلك فقال: وهذا التعريف لا يتعارض مع التعريفات السابقة؛ لأنّ العادة مأخوذة من المعاودة، وهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول أو متلقاة بالقبول من غير علاقة عقلية ولا قرينة، حتى غلبت على معاملات الناس، واطردت بينهم، سواء في جميع البلاد، أو بعضها، ولذا

---

١. ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص٩٣.

٢. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج٢، ص٨٣١ ٣. المصدر السابق.

٤. محمد بن محمد بن أمير الحاج، التقرير والتحبير شرح التحرير، ج١، ص٢٨٢.

قال الفقهاء: إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت[١] والمدافع هنا لم يوجّه لنا أقوال من جعلوا العادة أعم من العُرف.

وحاول البعض أن يوفق بين العُرف والعادة بأنهما من حيث المصداق واحد وان اختلفا من حيث المفهوم.[٢]

والمتأمل يجد ان العادة هي العُرف إذا كانت بمعنى المعاودة والتكرار على قول أو فعل أو ترك، وأما إذا فقدت الاستمرار فلن ترادف العُرف، لأن العُرف مأخوذ فيه طابع العمومية بخلاف العادة، فقد تكون هناك عادة ولكنها منقطعة غير مستمرة، ولهذا المعنى أشار علماء القانون عندما قالوا: وإذا كنا نقول بوجوب التفرقة بينهما فلا يُفهم من ذلك أن الانفصال بينهما تام، بل بالعكس هما متداخلان؛ إذ كثيراً ما تتحول العادة إلى عرف بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة في محيط معين،[٣] فالعادة هي العُرف إذا اتسمت بطابع المعاودة والتكرار والاستمرار وإلّا فلا.

الفرق بين العُرف والعادة في القانون

مما ذكر من التعاريف السابقة لكل منهما عند علماء القانون نستكشف أن العُرف يحمل بين جنبيه الإلزام والاطراد، أما العادة فهي خالية عن ذلك تماماً، وتظهر ثمرة ذلك في أن القاضي له الحق في أن يحكم بالعرف من دون الرجوع إلى المتعاقدين ومعرفة ما إذا كانوا على إطلاع بالعرف الجاري أو لا، بخلافه في العادة فهي خاضعة لتفسير المتعاقدين، أو يتمسك بها من له مصلحة في تطبيقها. وقد ذكر عبدالرحمن البزاز عدة فروق بين العُرف والعادة وهي:

١. قواعد العُرف ملزمة وإن جهلها الأفراد، أما العادة فلا تطبق إلّا إذا اتفق عليها صراحةً أو ضمناً؛

---

١. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص٥٧. ٢. المصدر السابق، ص٦٠.

٣. عبد الرزاق السنهوري وابو ستيت، أصول القانون، ص١٠٠.

٢. تطبق المحكمة العُرف من تلقاء نفسها، أما العادة فلا تطبق إلّا إذا تمسك الشخص بها؛

٣. لا يلزم الفرد باثبات العُرف ولكنه يلزم باقامة الدليل على حكم العادة؛

٤. لما كان العُرف قانوناً فيكون الخطأ فيه خاضعاً لمراقبة محكمة النقض، أما العادة فهي مجرد واقعة ويكون النظر فيها نهائياً من اختصاص قاضي الموضوع؛

٥. يرى البعض أن العُرف التجاري قد يلغي حكم القانون أحياناً وليس للعادة مثل هذه القوة.[١]

ولكن هذه التفرقة ليست مستحكمة بينهما، فقد تنقلب العادة إلى عرف.

فلا يفهم من ذلك أن الانفصال بينهما تام، بل بالعكس هما متداخلان، إذ كثيراً ما تتحول العادة إلى عرف، بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة في محيط معين، وبعد ذلك يزداد إنتشارها في هذا المحيط إلى حد أن يفترض وجودها في كل اتفاق، وحينئذٍ تقترب من العُرف، بل لا يكون بينهما سوى خطوة واحدة، بأن تنفصل تماماً عن إرادة الأفراد لتصير قاعدة عامة مجردة محتوية على عنصر الإلزام، وتصبح قانوناً كالقانون المكتوب سواء بسواء،[٢] وكذلك قرب بينهما الدكتور حسن كيرة فقال:

> فالثابت أن العادة تنتهي في كثير من الأحيان إلى أن تصير عرفاً حينما تحمل إرادة جماعية مشتركة في محل الإرادات الفردية في التقييد بها، أي حينما ينفصل الإلزام الذي يصاحب العادة عن إرادة المتعاقدين ليصبح إلزاماً عاماً يقوم على عقيدة عامة في وجوب احترام السنة التي تجري بها العادة، ووجوب كفالة هذا الاحترام بقوة الجماعة أو الدولة فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية، ملزمة بذاتها توحيد الدولة أو الجماعة قوتها على كفالة احترامها ومراعاتها.[٣]

---

١. عبد الرحمن البزاز، مبادئ أصول القانون، ص١٣٣.

٢. السنهوري وأبو ستيت، أصول القانون، ص١٠٠.

٣. الدكتور حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، ص٢١٣.

العُرف الدولي والعادة الدولية

يُعتبر العُرف مصدراً مهماً للقوانين الوضعية للدولة، داخلياً وخارجياً، وإذا تم تقنين الأعراف الداخلية على شكل صياغات قانونية معينة ظلت الأعراف الدولية في كثير منها غير خاضعة للتقنين، لوجود مشاكل جمة تعترض ذلك خصوصاً مشكلة الإلزام، لأن الدولة قد تستطيع أن تلزم رعاياها لكن من الذي يستطيع أن يلزم الدول بأعراف وتقاليد قد تتمرد عليها عادة، ولهذا وجدت مشكلة في نفس تعريف العُرف الدولي، فقد عرفه فوشي: بتكرار الأعمال المتماثلة من دول مختلفة في تصرفاتها في أمورها الخارجية، فإذا ما ثبت أن الدول تسير على وتيرة واحدة في نوع من التصرفات الدولية، فالقاعدة التي يمكن استخلاصها من ذلك هي قاعدة وقانون دولي عام.[١]

ولكن يلاحظ على ذلك أن التكرار والعادة لم تكن وحدها كافية لسن قاعدة عرفية قانونية دولية بل تحتاج إلى عنصر معنوي بالإضافة إلى العنصر المادي وهو الإلزام فيشترط في كل دولة أن تعتبر ذلك العمل التكراري ملزم ويجب احترامه قانوناً ولهذا يقول «اوبنهايم» باشتراط الوجود للقاعدة العرفية،أن تكون عادة الدول في القيام بنوع من أنواع التصرفات، قد تكونت تحت اعتقادات التعرف على هذه الصورة واجباً قانونياً أو صحيح قانونياً، وأكد على ذلك «آنزيلوتي» عندما قال:

أن العُرف القانوني يوجد عندما تتبع الدول فعلاً في تصرف من تصرفاتها نظاماً معيناً مع اعتقاد أنها ملزمة بالتصرف على هذه الصورة، وكذلك اعترف «وستليك» بذلك فقال: أن العُرف هو ذلك النوع من التصريحات التي رضيت بها العائلة الدولية باعتباره واجباً قانوناً.[٢]

إذٍ مجرد التكرار والعادة ولو لمرات عديدة لا يصحح جعل العمل قاعدة قانونية ملزمة ما لم يرافقها عنصر الاعتراف والتصريح بالإلزام القانوني لذلك التكرار والذي بموجبه يصبح ذلك الفعل واجب الاتباع ومحرم التجاوز.

---

١. محمود سامي جنينة، القانون الدولي العام، ص٥٠.

٢. المصدر السابق، ص٥١.

وإذا اصبح ذلك كذلك، لا يحق لأي دولة أن تتنصل من التزاماتها التي أقرت بها واعتبرتها قانوناً واجب الاتباع، وهذا ما نراه واضحاً في التمثيل الدبلوماسي لكل بلد في بلد آخر، إذ تُعتبر سفارة كل بلد بمثابة قطعة أخرى من أراضي البلد الذي تمثله، فلا يحق للدول أيا كانت أن تتجاوز عليها، إلّا إذا أصبحت مصدراً للتهديد على الأمن القومي للدولة، وكذلك الحصانة الدبلوماسية للسلك الدبلوماسي، وغير ذلك من الأعراف والتقاليد الدولية بحرية كانت أو برية أو جوية. هذا بالنسبة للعرف الدولي.

اما العادة الدولية فهي لا تتمتع بصفة الإلزام كما يتمتع به العُرف «فالعادات الدولية: هي تلك الممارسات الدولية المتعلقة بالأخلاق أو حسن السلوك، والتي تقوم بها الدول رغم عدم وجود أي التزام قانوني بذلك، ومن بينها مراسيم الاستقبال المقامة لرؤساء الدول، وممثليها الرسميين، وكذا إرسال المساعدات والإعانات للشعوب التي تصيبها كوارث طبيعية مثل الزلزال والفيضانات والجفاف».[١]

فالإلزام معتبر في العُرف القانوني، وغير معتبر في العادة، إلّا إذا تحولت العادة إلى عرف.

---

١. محمد بو سلطان، مبادىء القانون الدولي العام، ج ١، ص ٦١.

٣
أقسام العُرف

يُمكن تقسيم العُرف من خلال ثلاثة لحاظات: ١) لحاظ العمومية الخصوصية؛ ٢) لحاظ القول والعمل؛ ٣) لحاظ الصحة والفساد.

اما اللحاظ الأول فينقسم العُرف فيه إلى قسمين:

أ) العُرف العام

هو العُرف الشامل لغالبية الناس ان لم نقل لجميعهم، فلا يتقيد بعصرٍ أو مصر، وبهذا يكون شاملاً لما سمي ببناء العقلاء أو سيرة العقلاء. والعُرف هنا يكون حجّة إذا ضُم إليه إمضاء المعصوم لهذه السيرة، ومن أمثلته رجوع الجاهل إلى العالم، وغير ذلك من الأمثلة التي ذُكرت في بحث السيرة العقلائية، واشترطوا وجود هذا العُرف في عصر التشريع وإلّا فلا اعتبار به، يقول السيد الشهيد: الطريق الرابع: مختص بالسيرة العقلائية وهو إثبات السيرة المعاصرة لزمان الشارع بالاستقراء الناقص بأن تستقرء مجتمعات كثيرة في أمكنة مختلفة وأزمنة متغايرة فيرى ثبوت هذه السيرة لجميعهم فيُستكشف من ذلك ثبوتها في زمان الشارع،[1] وهذا ما يتلمس وجوده حتى عند المدرسة السنية، يقول ابن‌عابدين في تعريفه للعرف العام:

---

١. الحائري، مباحث الأُصول، ج٢، القسم الثاني، ص١١٣.

«ما تعارفه المسلمون من عهد الصحابة إلى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناءً على التعارف العام».[١]

والسيرة العقلائية أو بناء العقلاء أو العُرف العام يمكن تقسيمه بلحاظ منشأه إلى قسمين:

القسم الأول: اتفاق العقلاء في أعمالهم ومسالكهم على الشيء إيماناً منهم ولو ارتكازاً بنكتة عامة موجودة في قريحة تمام العقلاء فلو شذ أحدهم عن هذه الطريقة كان من قبل العقلاء مورداً للملامة أو الاستغراب.

والقسم الثاني: اتفاقهم على شيء لا لإدراكهم ولو ارتكازاً نكتة كان المترقب عندهم ممن يشذ أن يدركها، بل لحالات وأغراض شخصية عمت صدفة غالب الناس من دون فرض ملازمة بين ثبوتها عند بعض الأفراد وثبوتها عند البعض الآخر، فقد يتفق العقلاء مثلاً على استعمال شيء من الفيتامينات أو غيرها لاحتياج أمزجتهم وأجهزتهم البدنية إلى ذلك، ويوجد شخص يختلف مزاجه عن أمزجة الآخرين، فيخالف هذه الطريقة من دون أن يُعاب عليه أو يلام، أو يُسأل عن أنه كيف لم يدرك النكتة العامة.[٢]

وهناك بحوث دقيقة ولطيفة عند علماء الإمامية الاثني عشر تحت عنوان السيرة العقلائية من أرادها فليرجع إلى مضانها.

ويجدر الإشارة هنا إلى أن العُرف العام قد يكون فعلاً كالمعاطاة، وقد يكون قولاً كاستخدام ألفاظ الشريعة في بعض الأفعال كالطلاق وما شابه ذلك، وقد يكون تركاً، وكل هذه الموارد إذا لم تكن في عصر التشريع لا يمكن الاعتبار بها.

ب) العُرف الخاص

هو العُرف الصادر عن مجموعة معينة من الناس مقيدين بزمانٍ ومكانٍ مخصوص، سواء كانت هذه المجموعة تابعة لفن خاص، أو مهنة معينة، كالأعراف السائدة في

---

١. رسائل ابن عابدين، ج١، ص١٨٦.

٢. الحائري، تقريرات لابحاث السيد الشهيد الصدر، الجزء الثاني من القسم الثاني، ص٩٧، ٩٨.

منطقة معينة أو قبيلة أو بين أبناء صنعة واحدة، وقد نجده في كلمات الفقهاء بتعابير مختلفة كعُرف البلد أو العُرف الشرعي من جانب القول فقط وإلّا من جانب العمل يكشف عن حكم شرعي لا علاقة له بالمبحث هنا وأمثلته متكثرة بتكثر، الاصناف والمهن والجماعات.

وعرَّفه ولي قوته: ما يكون تعارفه مخصوصاً ببلد أو مكان دون آخر أو بين فئةٍ من الناس دون أخرى.[1]

يقول ابن نجيم ذاكراً هذا النوع من العُرف ومعدداً لبعض أمثلته: العُرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفةٍ مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنّظار.[2]

وأما اللحاظ الثاني فينقسم العُرف فيه إلى قسمين هما:

أ) العُرف القولي

هو ما تعارفه الناس من إطلاق لفظٍ على غير معناه اللغوي، بحيث يُهجر المعنى الأول ويصبح اللفظ حقيقة في المعنى الثاني، وهذا كما يحدث في الأسماء المفردة يحدث في المركبات أيضاً ومن أمثلته.

أ) تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر فقط، بينما يُطلق في اللغة على كلا الجنسين، وورد هذا أيضا في كتاب الله تعالى حيث قال عز اسمه: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَـٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ... ﴾.[3]

ب) تعارف الناس على عدم شمول لفظ اللحم عند إطلاقه، للسمك مع أن الأخير لحمٌ لغة، وهذا ورد في القرآن أيضاً قال تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا... ﴾[4] وغير ذلك من الأمثلة الكثيرة في باب الألفاظ وإطلاقاتها على المعاني الجديدة المغايرة لمعانيها اللغوية.

---

١. عادل عبد القادر ولي قوته، العرُف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابله، ج ١، ص٢٦٢.

٢. ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص ١٠١.

٣. النساء، ١١.

٤. النحل، ١٤.

هذا كُله في الأسماء المفردة، أما في المركبات أي أن اللفظ عند تركيبه مع لفظ آخر، له معنى معين في اللغة، ولكن يُستخدم في العُرف في معنى آخر، بحيث يُهجر التركيب الأول، فقد ذكروا لذلك أمثلة كثيرة منها قول القائل: «لا أضع قدمي في دار زيد» فالمعنى اللغوي لهذا التركيب عدم وضع القدم في دار زيد، لكنهم قالوا أن هذا الرجل يحنث إذا دخل إلى دار زيد راكباً أو طائراً، لأنّ العُرف يفهم من التركيب الأول هو الدخول وليس وضع القدم فقط، وكذلك في كتاب الله عندما أُضيفت الأحكام إلى الأعيان كقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ... ﴾،[١] وقوله: ﴿...أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَـٰمِ... ﴾[٢] يقول الشيخ الطوسي في عدته.

ألا ترى أن قوله ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ... ﴾ التحريم يتناول هاهنا العقد والوطئ، وليس كذلك في قوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ... ﴾، بل المراد هاهنا غير المراد هناك؛ وذلك لأنّه لا يمتنع أن يُتعارف استعمال التحريم المعلق بالعين في أعيان مختلفة بحسب ما جرت العادة بفعلها في الأعيان، ويُتعارف من تحريم الأُمهات الاستمتاع، ومن تحريم الميتة الأكل؛ لأنّ اللفظة الواحدة لا يمتنع أن يختلف المعقول بها بحسب اختلاف ما تعلق به...[٣]

وتظهر مدى فاعلية هذا النوع من الأعراف القولية في الألفاظ والتراكيب المتعلقة في العقود والمعاملات وغيرها؛ لما للمتكلمين بألفاظ تلك العقود من أعراف مختلفة، فلابد من الإطلاع على أعرافهم في ما يحتاجون إليه من فتوى في خصوص عمل معين أو عقد وما شابه ذلك، ولعل هذا هو ما أراده المحقق القمي في قوانينه عندما قال:

لابد أن يُرجع إلى عرف عوام العرب فإنّهم هم الذين لا يفهمون شيئاً إلّا من جهة نفس وضع اللفظ، فالفقيه حينئذ كالجاهل بالاصطلاح وإن كان من جملة أهل

---

١. النساء، ٢٣. ٢. المائدة، ١.

٣. الشيخ الطوسي، عدة الأصول، ج٢، ص٤٣٨.

هذا الاصطلاح، وبالجملة لابدّ من بذل الجهد في معرفة أن إنفهام المعنى إنما هو من جهة اللفظ لا غير.[1]

ب) العُرف العملي

هو اعتياد الناس على فعل من الأفعال سواء كان متعلقاً بالشخص كالأفعال العادية من أكل وشرب ولبس، أو متعلقاً بالجماعة كالمعاملات المدنية والحقوقية بينهم، وأمثلة العُرف العملي بين الناس كثيرة كشيوع نوع من أنواع البيوع كالمعاطاة، مثلاً، أو السكوت عند طلب الإذن من الباكر في تزويجها، أو دفع جزء من المهر وإبقاء الجزء اللاحق إلى أبعد الاجلين، وغير ذلك من الحقوق والواجبات التي تترتب على كلا الطرفين والنابعة من خلال التعارف العملي بين الناس، وقد عدّ البعض هذا النوع من العُرف ـ وإن كان ساكتاً غير ناطق ـ في مستوى دلالة النطق قال ابن القيم: «وقد أجرى العُرف مجرى النطق».[2]

وقال عز الدين بن عبد السلام: في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما.[3]

واستخرج علماء العامة قواعد من العُرف العملي كما جاء في قاعدة «المشروط شرطاً»، وقاعدة «تحكيم العادة العملية» وما شابه ذلك.

وأمّا اللحاظ الثالث لتقسيم العُرف، وهو لحاظ الصحة والفساد، فينقسم العُرف بكل أقسامه المتقدمة بموجبه إلى قسمين أيضاً وهما:

أ) العُرف الصحيح

هو العُرف الموافق للشريعة، بتحقق شروطها فيه، بحيث لا يُعارض نصاً ولا يجلب مفسدة، كالأُمور المتعارفة بين الناس في الألفاظ عند إطلاقها على معاني غير معانيها

---

١. الميرزا القمي، قوانين الأُصول، ص١٤.

٢. ابن القيم، أعلام الموقعين، ج٢، ص٢٩٣.

٣. قواعد الأحكام، ج٢، ص١٢١.

اللغوية، أو الأمور العملية من تقديم المهور وتأجيلها وتقديم شيء من المال قبل الزواج وما شابه ذلك، والشرع الإسلامي راعى هذه الأنواع من الأعراف كاشتراط الكفاءة في الزواج، أو وضع الدية على العاقلة وغير ذلك.

ب) العُرف الفاسد

هو العُرف المخالف للشريعة والمصادم لها، كتعارف الناس البيوعات الربوية، أو التصرفات الشخصية المنافية للشريعة، كتعارف الخروج إلى السهرات المخُتلطة، وغيرها من الأمور التي نهت عنها الشريعة ورفضتها. ولابدّ من الاشارة إلى أنّ بعض الأعراف قد تجتمع فيها بعض الأقسام المتقدمة فقد نجد عرفاً قولياً أو فعلياً صحيح شرعاً وبالعكس.

شروط العُرف المعتبر

المتتبع لكلمات الفقهاء، يجدهم قد اعتبروا العُرف في موارد كثيرة، ولكن ليس أي عرفٍ كان، بل لابدّ من توفره على شروط ذُكرت في طيات كلماتهم منها.

١. أن يكون العُرف مقارناً لإنشاء التصرف وليس طارئاً؛

٢. أن يكون العُرف مّطروداً أو غالباً؛

٣. أن يكون العُرف عاماً؛

٤. ألّا يخالف نصاً شرعياً من كتاب أو سنة؛

٥. ألّا يعارض تصريح بخلافه في متن العقد.

وسنبين في كل واحد من هذه الشروط كلمات الفقهاء وآراؤهم في المقام.

١. أن يكون العُرف مقارناً لإنشاء التصرف وليس طارئاً

العُرف المُعتمد عليه هو العُرف السابق على إنشاء التصرف والمقارن له، فيخرج بذلك العُرف السابق الذي تغيّر، والعُرف الطارئ والحادث. فقد اعتبر الشيخ الطوسي ذلك في مبحث المماثلة بالكيل والوزن فقال:

المماثلة شرط في الربا، وإنّما تعتبر المماثلة بعرف العادة بالحجاز على عهد رسول اللهﷺ فإن كانت العادة فيه الكيل لم يجز إلّا كيلاً، وما كان فيه الوزن لم يجز فيه إلّا وزناً في سائر البلاد،[1] ومن الواضح أن الطارئ والسابق المتغيّر لا عبرة به، وأشار الشيخ صاحب الجواهر إلى ذلك صراحة عندما جعل العُرف الحادث غير مُلتفت إليه ان عُلم حُدوثه، فقال:

والحاصل إن الذي ينبغي النظر إلى حال العُرف في مثل هذا الزمان، فما يُعلم حدوثه لا يُلتفت إليه، وما لم يُعلم تعلق به الحكم؛ لأنّ به يُستكشف العُرف السابق، وتثبت اللغة، إن لم يعلم مغايرتها، وإلّا قدم عليها على الأصح.[2]

ونقل الشيخ الأنصاري عن المحقق القول بعدم الأثر للتغيّر الطارئ على العُرف فقال:

إن الحقيقة العرفية يُعتبر فيها ما كان يُعتبر في حمل الإطلاق على لفظ الشارع عليها، فلو تغيرت في عصر بعد استقرارها فيما قبله، فالمعتبر هو العُرف السابق، ولا أثر للتغيّر الطارئ للاستصحاب.[3]

واعتبر الشيخ كون الشيء مكيلاً أو موزوناً إذا كان من مصاديق ذلك في زمان صدور الأخبار، فقال:

لا دليل حينئذ على اعتبار الكيل في ما شك في كونه مقداراً في ذلك الزمان، مع تعارف التقدير فيه في الزمان الآخر؛ إذ لا يكفي في الحكم حينئذ دخوله في مفهوم المكيل والموزون، بل لابدّ من كونه أحدالمصاديق الفعلية في زمان صدور الأخبار.[4]

ونفى صاحب الحدائق الريب في حمل الألفاظ الواردة في الأخبار على عرفهم وقال:

لا ريب أن الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار هو الحمل على

---

١. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٢، ص٩٠.
٢. الشيخ محمد النجفي، جواهر الكلام، ج١، ص١٩٠.
٣. المصدرالسابق، ص٢٣٢.
٤. الشيخ الأنصاري، المكاسب، ج٤، ص٢٣١.

عرفهم ﷺ فكلما علم كونه مكيلاً أو موزوناً في زمنهم ﷺ وجب إجراء الحكم بذلك عليه في الأزمنة المتأخرة.[١]

ومن الواضح من النصوص أعلاه سعي فقهاء الشيعة إلى معرفة الأعراف في زمان الشارع الأقدس، وحمل ما جاء في الأخبار عليها، ولا عبرة لهم بالعرف الذي حدث متأخراً، والسر في ذلك إنهم يكتشفون الإمضاء الشرعي عندما يكون العُرف مُقارناً للإنشاء في زمن المعصوم، وفي حالة عدم علمهم بذلك يحاولون دائماً معالجته بإرجاعه إلى العُرف العام كما يقول الشيخ يوسف البحراني: «وما لم يُعلم فهو ـ بناءً على قواعدهم ـ يرجع إلى العُرف العام».[٢]

٢. أن يكون العُرف مطَّرداً، أو غالباً

معنى الاطّراد في العُرف: هو العمل به في موارد كثيرة، وبعبارة أخرى: العمل بالعرف في أغلب الموارد وبشكل مستفيض، ولا يقتصر الاطّراد على جميع الناس وفي البلاد كلها، بل قد يكون مطرداً في بلد خاص، أو حرفةٍ خاصة، أو فن خاص.

«فلو شاع عرف بلدي، أو بلادي، بحيث لم يقع عمل مخالف لذلك العُرف فهو مطّرد وإلّا فهو غالب»[٣] وكيف كان فقد تمسك الفقهاء بهذا النوع من العُرف، وإن اختلفت تسمياته في كلماتهم، فلقد قوى الشهيد الثاني الرجوع إلى العُرف المطّرد في ما يتوقف عليه الانتفاع في باب الإجارة؛ إذ أنّ الخيوط للخياطة، والمداد للكتابة، والصبغ للطباعة، وغيرها مما اختلف فيها، فهل هي من واجبات المؤجر أم تقع مسؤولية توفيرها على المستأجر فقال:

وقد جزم المصنف ـ صاحب الشرائع ـ بأنّها على المؤجر، لتوقف إيفاء المنفعة الواجبة عليه بالعقد اللازم، فيجب من باب المقدمة، ويحتمل كونها على المستأجر، لأنّ الواجب على المؤجر إنّما هو العمل؛ لأنّ ذلك هو المقصود

---

١. الشيخ يوسف البحراني، الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، ج١٨، ص٤٧١.

٢. المصدر السابق. ٣. المنصوري، نظرية العرف، ص٥٧.

> من إجارة العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجارة على وجه يجب إذهابها لأجلها، إلّا في شواذ يثبت على خلاف الأصل كالرضاع والاستحمام. والأقوى الرجوع إلى العُرف المطّرد، فإن انتفى أو اضطرب فعلى المستأجر.[1]

وعُبر عنه تارةً بعرف البلد كما قال المحقق الحلي في مسألة الموزون والمكيل: «وما جُهل الحال فيه رجع إلى عادة البلد، ولو اختلف البلدان فيه كان كل بلدٍ حكم نفسه»،[2] وشرح صاحب الجواهر تلك العبارة، فقال:

> فالمشهور بين المتأخرين، بل لعله عليه عامتهم أنه ـ كان لكل بلدٍ حكم نفسه ـ وهو المحكي عن المبسوط والقاضي معللين له بالأصل في الجملة، وأن المعتبر العُرف والعادة عند عدم الشرع، وكما أن عرف تلك البلد التقدير فيلزمه حكمه، وعرف الآخر الجزاف، مثلاً، فيلزمه حكمه، صرفاً للخطاب المتعارف من الجانبين، ورداً للناس إلى عوائدهم كما في القبض والحرز والإحياء وإلّا لزم الخطاب بما لا يفهم.[3]

وسماه الشيخ الطوسي «المألوف»؛ إذ قال:

> إذا وقف في المدة فأختار الفيئة، وقال أمهلوني، أمهل بلا خلاف، وكم يُمهل؟ قال قوم: يمهل ثلاث أيام، وقال قوم آخرون: يُمهل على ما جرت به العادة، إن كان جائعاً حتى يأكل، وإن كان شبعاناً حتى يمرئه، وإن كان في الصلاة حتى يصلي، وإن كان نائماً حتى ينتبه، وإن كان ساهراً حتى ينام ويذهب سهره، وجملته أن يُصَبر عليه بحسب ما لا يخرج عن العادة في الجماع على العُرف المألوف، وهذا الذي نختاره.[4]

ويُسمى أيضاً بالعرف الشائع دون النادر، فقال الشيخ في مسألة أكل بعض الحيوانات التي لم يرد لها ذكر في الشرع من حلّ أو حرمة: «ومَن اعتبر العُرف والعادة اعتبر أهل

---

١. الشهيد الثاني زين الدين بن علي العاملي، مسالك الأفهام، ج٥، ص٢٣٠.
٢. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، ص١٠٤، ١٠٥.
٣. الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٢٣، ص٣٦٣، ٣٦٤.
٤. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٥، ص١٣٥.

الريف والغناء المكنة، الذين كانوا في القرى والأمصار على عهد رسول اللهﷺ حال الاختيار دون من كان من أهل البوادي من جفاة العرب... فإذا قيل عادة العرب وعرفهم مختلفة قالوا: اعتبرنا أهل الريف والقرى والبلدان، وأهل الغنى والمكنة بحال الاختيار، واعتبر العام الشائع دون النادر».[١]

واعتبر فقهاء السنّة هذا الشرط؛ ولذا قال السيوطي: «إنما تُعتبر العادات إذا اضطردت فإن اضطربت فلا».[٢] واعتبر الشاطبي هذا الشرط عندما قال: «وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح في اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة في الجملة»،[٣] واعتبرت (مجلة الأحكام العدلية) في المادة «٣٩» ذلك معبَّرةً عنه بالغالب الشائع، ومن المعلوم أن حجية هذا الشرط عند أهل العامة نبعت من تنزيله منزلة الشرط؛ ولذا قال فقهائُهم: «إنّ العادة المطّردة في ناحية تُنزّل منزلة الشرط كما تُنزّل منزلة صريح الأقوال في النطق بالأمر المتعارف»،[٤] فالمطّرد يُعبر عنه بتعبيرات مختلفة، نعم قد يعبر البعض في مثل التعبيرات المذكورة ولا يريد ما ذكرناه، وهذا لا يضر في مطلبنا.

٣. أن يكون العُرف عاماً

تقدم في الشرط الثاني أن يكون العُرف مطّرداً، أي العمل به يكون في أغلب الحوادث لا في جميعها؛ لأنّ العمل به في جميع الحوادث لا يسمى مطّرداً، بل يسمى عاماً يتخطى طابع الزمان والمكان، وسمي في كلمات البعض ببناء العقلاء، يقول السيد محمد تقي الحكيم:

---

١. المصدر السابق، ج٦، ص٢٧٩.
٢. السيوطي، الأشباه والنظائر، ص٩٢.
٣. الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ج٢، ص٢١٩.
٤. صالح عوض، أثر العُرف التشريع الإسلامي، ص١٩٠.

> ما يُستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه مثل الاستصناع وعقد الفضولي، وإنما يُستكشف منه مثل هذا الحكم، بعد إثبات كونه من الأعراف العامة التي تتخطى طابع الزمان والمكان لنستطيع أن نبلغ بها عصر المعصومين، ونضمن إقرارهم لها لتصبح سنّة بالإقرار ويدخل ضمن هذا المجال كل ما قامت عليه سيرة المتشرعة، أو بناء العقلاء، أو قل كل ما كان من الأعراف العامة التي تتسع بمدلولها لمختلف الأزمنة والأمكنة.[1]

وأطلق عليه البعض بناء العقلاء فقال: «أما العُرف العام، فيراد به ما يشترك فيه غالبية الناس دون ملاحظة زمان أو مكان أو ثقافة أو مستوى، ويقرب بذلك من بناء العقلاء»،[2] والمتتبع لكلمات فقهاء الإمامية، يجد أنهم يستدلون بهذا النوع من العُرف في موارد كثيرة وإن كان بألفاظ مختلفة.

وسمي أيضاً بالعرف والعادة من لدن خلقة آدم إلى يومنا هذا، كما صرح بذلك أبو القاسم القمي حينما قال: «والبناء على القرائن في الحمل على المعاني المجازية؛ لأنّ ذلك كان طريقة العُرف والعادة من لدن خلقة آدمعليه السلام إلى يومنا هذا».[3]

وتطرق إليه بشكل صريح السيد تقي الحكيم فقال:

> الذي يشترك فيه غالبية الناس على اختلاف في ازمانهم وبيئاتهم وثقافاتهم ومستوياتهم، فهو أقرب إلى ما أسموه بناء العقلاء، وينتظم في هذا القسم كثير من الظواهر الاجتماعية العامة وغيرهما أمثال رجوع الجاهل إلى العالم، وعدم نقض اليقين بالشك، وعادة التدخين.[4]

وعلى أساس ذلك يظهر أن السيرة بكلا شقيها من البحوث التي طُرحت ضمن مباحث العُرف، وأخذت بُعداً آخر غير تشخيص مداليل الألفاظ؛ لأنّ السيرة تثبت

---

١. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة، ص٤٢٢.
٢. محمد علي التسخري، بحث منشور بعنوان العُرف ودوره في عملية الاستنباط، مجلة التوحيد، عدد ٥٨.
٣. أبو القاسم القمي، قوانين الأصول، ص٤٤٩، ٤٥٠.
٤. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة، ص١٦٥.

حكماً كلياً إلهياً، وبهذا الصدد يقول السيد الحائري في تقريره للشهيد الصدر:

ولا يخفى أن المقصود في المقام هو البحث عن السيرة التي تثبت حكماً كلياً إلهياً، وهذه السيرة يتوقف الاستفادة منها على كونها معاصرة للمعصوم.[١]

وتُعتبر السيرة عند فقهاء الإمامية من البحوث الحيوية التي أخذت حيزاً كبيراً في استدلالاتهم، ولم يتوقف البحث على تلك السيرة التي تثبت حكماً كلياً إليهاً، بل تعدى إلى أنواع أخرى، منهما ما نقله السيد الحائري عن السيد الشهيد في دورته الأخيرة التي لم يحضرها ونقلها عن أخيه؛ إذ قال: هناك سيرتان أخريتان وهما.

الأولى: سيرة تنقح موضوع الحكم الشرعي، إمّا ثبوتاً كالسيرة على الإنفاق على الزوجة بمستوى معين، بحيث لو أنفق عليها بمستوى أقل من ذلك عُد إمساكاً ومعاشرةً بغير معروف، فهذه السيرة تنقح موضوع الإمساك والمعاشرة بالمعروف للزوجة الواجب شرعاً، وإمّا إثباتاً كالسيرة القائمة على خيار الغبن، مثلاً، التي تشكل ظهوراً عرفياً لكلام المتعاقدين في عدم قبول البيع الغبني إلّا مع الخيار، وهذا ينقح موضوع الشرط في دليل: إن المؤمنين عند شروطهم.

وفرق السيرة التي تنقح الموضوع ثبوتاً عن التي تنقحه إثباتاً، وهو أن من شذ عن السيرة العُقلائية الموجودة للموضوع فشذوذه لا يؤثر في فاعلية السيرة التي تحقق الموضوع ثبوتاً بشأنه، فمن لم يرَ للزوجة احتراماً وتقديراً تستحق معه ذلك المستوى من الإنفاق يجب عليه أن يلتزم بذلك المستوى من الإنفاق، أما من شذ عن السيرة العقلائية الكاشفة عن الموضوع كما في المثال الثاني، فالسيرة لا تكشف عن الموضوع بالنسبة إليه، وهذا القسم من السيرةحجيتها ثابتة على القاعدة وتكفي فيها السيرة المعاصرة لزماننا، بل لو ثبتت سيرة معاصرة لزمان المعصوم ثم انتفت في زماننا انتفى مفعولها بانتفائها.

---

١. السيد كاظم الحائري، مباحث الأُصول، ج٢، ص١٠١، هامش ١.

الثانية: السيرة التي تنقح فهمنا للدليل، فإن البناءات والارتكازات تشكل قرائن لُبية متصلة دخيلة في تكوين الظهور للدليل، فلو تم الدليل على حجية الظهور فلابدّ من أخذ هذه السيرة بعين الاعتبار. فمثلاً لو دلّ الدليل على أنّه (لو جاء بالثمن خلال ثلاثة أيام وإلّا فلا بيع بينهما)، فإن جمدنا على حاق اللفظ فهمنا من ذلك بطلان البيع، وأنّه لا بيع لازماً ولا متزلزلاً، بينما بناءً على أخذ المرتكزات العقلائية بعين الاعتبار قد يقال: إنّ المفهوم من ذلك هو نفي البيع اللازم وثبوت خيار التأخير، وهذا القسم من السيرة لابدّ من ثبوتها في زمن صدور النص، كي تؤثر على الظهور وقتئذ، فإنّ الحجية إنّما هي لظهور النص في وقت صدوره، إلّا إننا إذا أحرزنا هذا الارتكاز في عصرنا واحتملنا ثبوته في عصر صدور الدليل كفى ذلك للتأثير على ذلك الدليل، لا باعتبار أنه يُشكل وجود القرينة المتصلة، ولا نافي لهذا الاحتمال.

أقول: لا بهذا الاعتبار فحسب، بل باعتبار أن المسألة تدخل تحت كبرى أصالة عدم النقل التي هي حجة في باب دلالة الألفاظ[1].

فبحث السيرة من البحوث الفعّالة والمفصلة في الفقه الشيعي، بحيث قسّموها إلى سيرة تثّبت حكماً كلياً إلهياً، وسيرة تنقح موضوع الحكم الشرعي، وثالثه تنقح فهمنا للدليل.

ونجد في فقه العامة هذا النوع من العُرف أيضاً، بحيث بنى ابن نجيم الأحكام عليه، عندما قال: هل يعتبر في بناء الأحكام العُرف العام أو مطلق عرف ولو كان خاصاً؟[2]

ومثّل أبناء العامة لهذا النوع بيع المعاطاة، وعقد الاستصناع، وقيل بحقهما: «فكل منهما لا يكاد يخلوا من التعامل به مكان أو أحد».[3]

وعرّفه ابن عابدين بقوله:

---

١. المصدر السابق، ص١٠١، ١٠٢، هامش، رقم ١.

٢. ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص١٠٢.

٣. ولي قوته، العرُف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج ١، ص ٢٦١.

إنّه ما تعارفه المسلمين من عهد الصحابة إلى زماننا، وأقره المجتهدون وعملوا به بناءً على التعارف العام.[١]

وقال الدكتور صالح عوض في هذا الخصوص:

فالتعارف العام على فعل شيء، أو قول في معنى معين، هو ما ذكره الفقهاء في حديثهم عن العُرف العام، إلّا أن الشيخ محمد الطاهر بن عاشور زاد... التعارف على ترك شيء من الأشياء.[٢]

وقال الكمال بن الهمام:

إننا جوّزنا الاستصناع استحسانا بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملي إلى يومنا هذا بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة مندرج في قوله ﷺ: (لا تجتمع أمتي على ضلالة).[٣]

فالعرف العام أو بناء العقلاء كل هذه الألفاظ والتراكيب لمعنى واحد ولكن تختلف طريقة الاستدلال بها، فعند الشيعة لا تعتبر دليلاً بحد ذاتها بدون إمضاء شرعي لها من خلال التقهقر بها إلى عصر المعصومعليه السلام.

وأمّا عند أبناء المدرسة السنية فقد استدلوا لها بالنص القائل «لا تجتمع أمتي على ضلالة».

٤. ألا يخالف نصاً شرعياً من كتاب أو سنة

جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح الناس، فحملت بين طياتها أوامراً ونواهي، فما أمرت به يجب إتباعه، وما نهت عنه يجب تركه، ولا عبرة بالعرف المخالف لتلك القوانين الإلهية، لعدم قدرته على تحديد مصالح هذه الأوامر ومفاسد تلك النواهي، فما تعارف الناس عليه، عاماً كان أو خاصاً وورد نص شرعي على خلافه لا عبرة به، فمثلاً إن منفعة النجس قد تجعله مالاً عرفاً، لكن لا عبرة بماليته؛ لأنّ الشارع لم

---

١. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص١٣١. ٢. المصدر السابق، ص ١٣٩.
٣. المصدر السابق، ص١٣٦.

يعتبرها عنه؛ ولذا يقول الشيخ الأنصاري بهذا المجال: «إن منفعة النجس قد تجعله مالاً عرفاً إلّا أنّ منع الشارع عن بيعه كجلد الميتة».[1]

وقال‌ﷺ في كتاب البيع: «فالخمر والخنزير مال عرفاً أسقط الشارع المقدس أثار ماليتهما».[2]

وجعل الإمام الخميني‌ﷺ قيام الدليل على خلاف العُرف مانعاً عن التعويل عليه، فقال:

> والمعول في تشخيصه مفهوماً ومصداقاً هو العُرف، كما هو الحال في جميع العناوين العقلائية المأخوذة في الأدلة إلّا أن يقوم دليل على الخلاف.[3]

ولهذا نجد أنّ الفقهاء يبحثون عن الشرع قبل التعويل على العُرف خوفاً من المخالفة؛ ولذا يقول الشيخ الطوسي:

> وأما ما به يكون الاحياء فلم يرد الشرع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون، غير أنّه قال النبي‌ﷺ (من أحيا أرضاً فهي له) ولم يوجد في اللغة معنى ذلك، فالمرجع في ذلك إلى العُرف والعادة.[4]

وصرح الشيخ الطوسي في مسألة الوقف بأن «عرف الشرع أكد من عرف العادة».[5]

إذن في مورد المخالفة يُقدم النص الشرعي عليه، ولعل في كلمات الفقهاء نوع من التفصيل في مخالفة العُرف للنص الشرعي.

فتارة يخالف العُرف النص الشرعي بشكل صريح وواضح، فلا عبرة بالعرف هنا كتعارف بعض الشعوب شرب الخمر، وبروز النساء بشكل غير مستور.

وأخرى: إنّ النص الشرعي ورد على عرف معين كان في وقت التشريع، ثم تغير هذا العُرف، وظهر عرف جديد مخالف للعرف الذي ورد عليه النص الشرعي، كما

---

١. الشيخ الأنصاري، المكاسب، ج٥، ص١٤.
٢. المصدرالسابق، ج٣، ص٥، كتاب البيع.
٣. الإمام الخميني، كتاب البيع، ج٥، ص١١٩.
٤. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٣، ص٢٧١.
٥. المصدر السابق، ص٢٩١.

في تحقق الربا في المكيل والموزون.

وثالثة مخالفة العُرف للشرع لا من كل وجه كما في عقد الاستصناع، كما قيل، وسيأتي تفصيل ذلك في موارد التعارض بين العُرف والشرع.

٥. ألا يعارض العُرف تصريح بخلافه

من الشروط الأساسية للعرف المعتبر، ألا يكون هناك شرطاً مصرح به في متن العقد مخالف للعرف الموجود، فإن وجد فلا عبرة بما تعورف عليه؛ لأنّ الشرط تصريح لفظي أقوى دلالة من العُرف، فيُحمل العقد عليه، فمثلاً عندما يُتعارف أن على المستأجر كنس الثلج عن السطح في الإجارة يُعمل بذلك التعارف في حالة عدم وجود شرط على المؤجر من المستأجر على خلاف ذلك، وكذلك في مسألة نفقه الأجير يقول المحقق الحلي: «من أستأجر أجيراً لينفذه في حوائجه كانت نفقته على المستأجر إلّا أن يشترط على الأجير».[1]

وجعل السيد البجنوردي العُرف من مدارك هذه الفتوى فقال:

> والظاهر أن القائلين بهذه الفتوى تمسكوا إما بظاهر ما هو المتعارف في الخارج من إعطاء المخدوم نفقة خادمه خصوصاً إذا أرسله إلى بلد آخر لقضاء حوائجه فيه فيكون هذا التعارف بمنزلة الشرط الضمني.[2]

وقال السيد أيضاً:

> فإذا أستأجر داراً، مثلاً، للسكن فيها أو دكاناً للكسب والتجارة فيه، فتنقية البئرين ـ أي البالوعة والبئر التي يجري فيها الماء ـ في الدار، والقفل والباب في الدكان على المؤجر... نعم لو اشترط المؤجر ـ سواء كان في إجارة الأعيان أو كان في باب الاجراء ـ إن ما يتوقف عليه استيفاء المنفعة على المستأجر لا على المؤجر، فالشرط سائغ يجب إنفاذه.[3]

---

١. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٢، ص١٨٨، كتاب الاجارة.

٢. السيد البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٧، ص١٤٢، ١٤٣.

٣. المصدر السابق، ج٧، ص١٥٠، ١٥١.

واعتبر أبناء العامة هذا الشرط أيضاً؛ ولذا يقول العز بن عبد السلام: «كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح»[١] وأشاروا إلى ذلك بالقول: لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح.[٢]

وأخيراً قيل بأن هناك شرطاً سادساً للعرف وهو كونه ملزماً،[٣] ورد البعض على ذلك معللاً بأن الإلزام هو نتيجة تلك الشروط المتقدمة،[٤] وهو الصحيح؛ لأن استقرار تلك الشروط تجعل العُرف ملزماً خصوصاً وقد أُخذ الاستقرار في النفس في تعريف العُرف كما مر سابقاً.

القواعد الناتجة عن تلك الشروط

المتخصص والمتأمل في كلمات الفقهاء المتقدمة، يجد أن هناك قواعد اعتمد عليها في مبحث العُرف، نتجت عن تلك الشروط، ومن هذه القواعد هي:

١. العبرة بالعام الشائع دون النادر

وصرح الشيخ الطوسي بذلك عندما قال: فإذا قيل عادة العرب وعرفهم مختلفة قالوا: اعتبرنا عرف أهل الريف والقرى والبلدان، وأهل الغنا والمكنة بحال الاختيار، واعتبر العام الشائع دون النادر.[٥]

٢. العبرة بإطراد العُرف لا باضطرابه

اعتبر ذلك الشهيد الثاني في كتابه المسالك، وقواه عندما قال: والأقوى الرجوع إلى العُرف المطّرد،... الخ.[٦]

---

١. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الانام، ج٣، ص١٥٨.
٢. أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص١٤١.
٣. أحمد فهمي أبو سنة، العُرف والعادة، ص٦٦، ٦٧.
٤. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات، ج١، ص٢٤٦.
٥. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٦، ص٢٧٩.
٦. الشهيد الثاني، مسالك الافهام، ج٥، ص ٢٣٠.

٣. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

لم تُذكر هذه القاعدة في كلمات فقهاء الشيعة بنحو التصريح، ولكن المتتبع الفطن يستشفها من مطاوي تلك الكلمات، مع الحفاظ على قيود تحرك تلك القاعدة، فمثلاً يُصرح الشيخ الأنصاريؒ بأولوية الصفات التي يبنى عليها العقد من الشروط المذكورة فيه، فيقول:

> وتوهم أن الشروط التي لم تُذكر في متن العقد لا عبرة بها، فما نحن فيه من قبيل ما لم يُذكر من الشروط في متن العقد، مدفوع، بأن الغرض من ذكر الشروط في العقد هو صيرورتها مأخوذة فيه، حتى لا يكون العمل بالعقد بدونها وفاءً بالعقد أو الصفات المرئية سابقاً، حيث ان البيع لا يصح إلّا مبنياً عليها كانت دخولها في العقد أولى من دخول الشرط المذكور على وجه الشرطية.[1]

ومن الواضح أن الشيخ علل جواز الأخذ بالشرط الغير مذكور في متن العقد بالغرض من الشرط المذكور في متن العقد، بحيث لا يكون العمل بدونها وفاءً بالعقد، فكذلك العُرف إذا بُني عليه العقد، فالعمل بالعقد بدونه لا يكون وفاءً بالعقد.

ولم يكتفِ الشيخ الأنصاري بذلك، بل وجه توجيهاً آخراً، وذلك بجعل الشرط المتواطئ عليه الغير مذكور في متن العقد قيداً معنوياً للعقد، فالعقد بدون ذلك الشرط المتواطئ عليه تجارة لا عن تراض، فقال:

يمكن أن يقال: العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيداً معنوياً له، فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلّا مع العمل بذلك الشرط، ويكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض، إذ التراضي وقع مقيداً بالشرط، فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزء من أحد العوضين، فلا فرق بين أن يقول: بعتك العبد بعشرة وشرطت لك ماله، وبين تواطؤهما على كون مال العبد للمشتري.[2]

وعموم التراضي المستدل به هنا، يشمل ما تعورف عليه وبنى عليه العقد، فإذا انتفى ذلك العُرف مع بناء العقد عليه يكون تجارةً لا عن تراض، وكذلك يشمله دليل

---

١. الشيخ الأنصاري، المكاسب، ج٢، ص١٦٥. ٢. المصدرالسابق، ص٢٥.

«المؤمنون عند شروطهم» لأن الخارج عن هذا العموم كما يقول الشيخ الأنـصاري: «هو ما لم يقع العقد مبنياً عليه»[1] والعُرف قد وقع العقد مـبنياً عـليه؛ إذ العُـرف هـو كالشرط الضمني يُبنى عليه العقد في بعض الحالات، ولهذا قال السيد البجنوردي في مسألة «دفع نفقة الأَجير على المستأجر»:

والظاهر أن القائلين بهذه الفتوى تمسكوا إما بظاهر ما هو المتعارف في الخارج من إعطاء المخدوم نفقة خادمه، خصوصاً إذا أرسله إلى بلد أخر لقضاء حوائجه فيه، فيكون هذا التعارف بمنزلة الشرط الضمني.[2]

فالقاعدة المذكورة لها جذور في كلمات الفقهاء، إذا قـلنا بأن الشـروط الضـمنية أو ما بني عليه العقد أو عموم تجارة عن تراضي تشمل الأمر المتعارف عليه، وهذا مـا صرح به السيد البجنوردي، فقال: وكذلك الحال في الشروط الضمنية التي منها بناء العُرف والعادة.[3]

ولكن الشيخ الأنصاريﷺ نقل للمشهور قولاً عارض به ما تقدم، فقال:

ولكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط الغير مذكور في متن العـقد، وعدم إجراء أحكام الشرط عليه، وإن وقع العقد مبنياً عليه، بلْ في الرياض عن بعض الأجلة حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا في عقد بعدما ادعى هو ـ صاحب الرياض ـ الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح، وتتبع كلماتهم في البيع والنكاح يكشف عن صدق ذلك المحكي.[4]

شروط العُرف في القانون

من الشروط التي ذكروها للعرف في القانون هي:

١. أن يكون العُرف عاماً، وليس المقصود أن يكون شاملاً، فـقد يكـون خـاصاً

---

١. المصدر السابق.

٢. حسن الموسوي البجنوردي، القواعد الفقهية، ج٧، ص١٤٢، ١٤٣.

٣. المصدر السابق، ص ١٥٠، ١٥١.

٤. الشيخ الأنصاري، المكاسب، ج٣، ص٢٥.

بإقليم معين أو طائفة من الناس؛

٢. أن يكون قديماً، وله مدة طويلة، وتحديد تلك المدة موضوعية تختلف باختلاف القوانين، فمثلاً القانون الإنكليزي يقصد بالقديم ما لا يعرف أوله؛

٣. أن يكون ثابتاً، فيطرد إتباعه بطريقة منظمة غير متغيرة ولا منقطعة؛

٤. أن لا يكون مخالفاً للنظام والآداب، وهناك كلام حول هذا الشرط؛

٥. أن يكون العُرف ملزماً.

والمتأمل في هذه الشروط يستطيع أن يردها إلى شرطين:

الأول: مادي يشمل صفات العموم والقدم والثبات؛

الثاني: معنوي هو الإلزام.[١]

مزايا العُرف في القانون وعيوبه

أولاً: إنّ العُرف ينبع من حاجات المجتمع، فتكون القوانين المعتمد عليه والجاعلة له مصدراً من مصادرها متناسقة مع حاجات المجتمع وتطلعاته، وليست مستوردة وغريبة عنه، بحيث تبقى قوانين مكتوبة غير مفعَّله؛

ثانياً: العُرف ليس نصاً جامداً يعيق تطور المجتمع، بل هو متطور بتطور عادات وتقاليد وثقافات وسياسة المجتمع، فيلغى ويتغير تبعاً لحاجة المجتمع؛ لأن ولادته كانت كذلك، وان كان تغيره بطيئاً كنموه؛

ثالثاً: العُرف يساعد القانون والمشرع القانوني على سد النقص الحاصل في القوانين؛ لأنها غير قادرة على تغطية جميع حاجات البشر، فالعرف يعمل على سد الفجوة الحاصلة في التقنيين.

أما عيوبه فهي:

---

١. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص٢٣١، ٢٣٢.

أولاً: إن قواعده غير واضحة وضوحاً جلياً للجميع، فقد يرفض البعض قواعده ويعتبرها غير ملزمه له؛

ثانياً: صعوبة التخلص من قيوده، إذا أصبح مستحكماً بخلاف النص القانوني إذ يمكن إلغائه بسهوله.

ولعل في التطبيقات القانونية هناك سلبيات تنشأ من التعامل معه في حل وفصل القضايا.

٤
مجالات استعمال العُرف

ذُكر في كلماتهم، أن هناك ثلاثة مجالات للعرف فقط، سنذكرها ثم نذكر تطبيقاتها في الموارد الفقهية المختلفة.

١. العُرف الذي يُستكشف منه الحكم الشرعي

فقد جُعل العُرف مورداً لاستكشاف الحكم الشرعي في الموارد التي ليس فيها نص من كتاب أو سنة، لا تلويحاً ولا إشارةً وهذه الموارد هي:

المورد الأول: عقد الاستصناع.[1]

ولأهمية هذا العقد في مبحث العُرف، قد خصصنا له بحثاً مستقلاً، نحيل القارئ عليه تجنباً للتكرار.

المورد الثاني: حاول السيد الشهيد أن يستكشف الحكم الشرعي في مسألة التملك وإستخراج الموارد والثروات المعدنية فقال: إذا عرفنا من عادة الناس في عهد التشريع الإسلامي قيام بعض الأفراد بإستخراج الثروات المعدنية، أو تملكها بسبب إستخراجها، فإن سكوت الشريعة عن هذه العادة وعدممعارضتها... يعتبر تقريراً منها ودليلاً على سماح الإسلام للفرد بإستخراج المادة الطبيعة وتملكها، وهذا ما يُطلق

---

١. ر. ك: بحث العُرف وعقد الاستصناع.

عليه في البحث الفقهي اسم العُرف العام أو السيرة العقلائية. ومرده في الحقيقة إلى إكتشاف موافقة الشريعة على سلوك عام معاصر لعهد التشريع، عن طريق عدم ورود النهي عنه في الشريعة، إذ لو لم تكن الشريعة موافقة على ذلك السلوك الذي عاصرته، لنهت عنه فعدم النهي دليل الموافقة.[١]

المورد الثالث: اعتبر البعض عادة العرب وعرفهم، أداة لإستكشاف الحكم الشرعي، فما إستطابته نفوسهم فهو حلال وما استخبثته نفوسهم فهو حرام، واستدلوا على ذلك بالقرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ... ﴾.[٢]

وقال تعالى: ﴿ٱلَّذِينَ يَتَّبِعُونَ ٱلرَّسُولَ ٱلنَّبِىَّ ٱلْأُمِّىَّ ... وَيُحِلُّ لَهُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتِ وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَـٰٓئِثَ... ﴾.[٣]

وجه الدلالة: أن القوم سألوه عما يحل لهم فقال: أُحل لكم الطيبات، والطيب يقع على أربعة أشياء وهي:

١. الطيب يعني الحلال، قال تعالى: ﴿...كُلُوا۟ مِنَ ٱلطَّيِّبَـٰتِ... ﴾؛

٢. الطيب يعني الطاهر، قال تعالى: ﴿...فَتَيَمَّمُوا۟ صَعِيدًا طَيِّبًا... ﴾؛[٤]

٣. الطيب يعني ما لا أذى فيه، وهو الزمان الذي لا حر فيه ولا برد فيقال: هذا زمان طيب، ومكان طيب؛

٤. الطيب يعني ما يُستطاب من المأكول، يُقال: هذا طعام طيب لما تستطيبه النفس، ولا تنفر منه.

وبعودة إلى الآية ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمُ ٱلطَّيِّبَـٰتُ... ﴾ يقول الشيخ الطوسي:

---

١. السيد الشهيد الصدر، اقتصادنا، ص٣٨٧.
٢. المائدة، ٤.ح
٣. الأعراف، ١٥٧.
٤. النساء، ٤٣.

لا يمكن أن يكون المراد من الآية الحلال، لأنهم سألوه عن الحلال ليبينه لهم فلا يصح أن يقول لهم: الحلال هو الحلال ولا يمكن أن يكون المراد، ما لا أذى فيه، لأن المأكول لا يوصف به، ولا يجوز أن يكون المراد هو الطاهر، لأن الطاهر إنما يُعرف شرعاً، فلم يبقى إلّا إن المراد به ردهم إلى ما يستطيبونه ولا يستخبثونه، فثبت أنه ردهم إلى عاداتهم، وقرّب الشيخ الطوسي هذا التحليل فقال: وهذا قريب، لكنه ناقش وقال: غير أنه لا يمتنع أن يقال: المراد به ما لا أذى فيه من المباح الذي ليس بمحرم، فكأنهم لما سألوه عن الحلال فقال: ما لا يستحق تناوله العقاب، وذلك عام في جميع المباحات،... الخ.[1]

وبناءً على ما استدل به أولئك يكون عرف العرب وعاداتهم وما استخبثته نفوسهم وما استطابته دليلاً على استكشاف الحكم الشرعي في موارد مخصوصة ومقيدة، نعم إلّا أن يقال المورد خاص بطبع الإنسان الموافق للفطرة البشرة، وهذا لا ربط له بما ذكر.

المورد الرابع: لم يتعرض الشارع إلى كيفية ضمان المثلي أو القيمي، يقول السيد الخمينيﷺ: إنّ أدلة الضمانات على كثرتها غير متعرضة لكيفية ضمان المثلي والقيمي مع أن بيانها محل الحاجة جداً، ولو كان للشارع طريقة خاصة فإنها في أمر مورد للابتلاء في كل يوم مراراً، وفي مثله لا يصح إهماله مع اختلاف طريقته للعرف، فيُستكشف منه أن طريقته هي طريقة العقلاء.

وقال الإمام أيضاً: ما يقال في أدلة تطهير النجاسات: إنّ من عدم بيان كيفيته يمكن استكشاف وحدة طريقة الشارع مع العُرف في كيفية تطهيرها وإلّا كان عليه البيان مع هذا الابتلاء العام، فالإهمال وعدم البيان في موارد كان للعرف طريق خاص فيها، أو كان المورد محل ابتلاء كافٍ في استكشاف وحدةالطريقتين، فلابدّ في المقام مع الغض عن الأدلة الخاصة التي تتعرض لها والبناء على كون المرجع هو الأدلة العامة

---

١. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٦، ص٢٧٨، بتصرف.

والقواعد الكلية كقاعدة اليد وغيرها من مراجعة طريقة العُرف في باب الضمان.[١]

ونستخلص من ذلك إن استكشاف الحكم الشرعي من طريق العُرف له مصاديقه ومحققاته، ولهذا عطف بعضهم على كلام الإمام المتقدم بقوله «وكذا عقد الإستصناع»[٢] حيث يُشير إلى أن المستفاد من كلام الإمام هو استكشاف حكم شرعي من العُرف، وذهب أبناء العامة إلى هذا المعنى، قال ولي قوته: والمراد بهذا النوع من الاستعمال: إن العُرف يكون دليلاً على الحكم ظاهراً.[٣] ولكنهم لم يتكلفوا مؤنة الإمضاء.

٢. مرجعية العُرف في تشخيص المواضيع

من المجالات التي يلعب العُرف فيها دوراً كبيراً داخل الساحة الفقهية، هو تشخيص موضوع الحكم الشرعي، والموضوع المأخوذ في الحكم الشرعي له انقسامات عديدة فهناك مواضيع تكوينية كالحيض والنفاس وغيرهما، وهناك مواضيع شرعية كالصلاة والصوم والحج والزكاة، وهناك مواضيع عرفية كالغناء مثلاً، بالاضافة إلى وجود مواضيع مستحدثة تدخل ضمن نطاق المواضيع العرفية كالملكية الفكرية مثلاً.

فهنا عندما نقول: إنّ العُرف حجة في تشخيص المواضيع، فهل هو حجة في كل هذه المواضيع أم في بعضها؟ اختلف الفقهاء من حكم النظر العُرفي في تشخيص المواضيع التكوينية، وفمنهم من أنكر ذلك، وجعل أهل الخبرة هم أصحاب الفصل في هكذا نوع من المواضيع، وأما المواضيع الشرعية كالصلاة والصوم والحج والزكاة فلا يمكن تدخل العُرف فيها والحكم في شأنها؛ لأنها من مخترعات الشارع، أما

---

١. الإمام الخميني ﷺ: كتاب البيع، ج١، ص ٣٩٧.
٢. المنصوري، نظرية العرُف، ص٦٢.
٣. عادل عبد القادر ولي قوته، العرُف حجتة وأثره في الفقه المعلاملات المالية، ج١، ص ٢٧٠.

المواضيع العرفية كالغناء والملكية الفكرية وما شابه ذلك، فهنا للعرف صولة وجولة.

ولابدّ من التذكير أنّه لا مانع من فسح المجال أمام العُرف من قبل الشارع في إبداء رأيه في بعض المواضيع سواء كانت تكوينية أو شرعية، وهذه رخصة شرعية للعرف في ذلك وإلا كقاعدة أولية لا علاقة للعرف في هكذا نوع من المواضيع، ولعل كلام الإمام الخميني﵀ يدخل في هذا السياق عندما قال: الرجوع إلى العُرف في تشخيص الموضوع والعنوان فصحيح لا محيص عنه إذا كان الموضوع مأخوذاً في دليل لفظي أو معقد اجماع[1] نعم تشخيص ظهور الالفاظ في المواضيع العرفية من اختصاصات العُرف في بعض الأحيان.

وهناك موارد فقهية كثيرة جداً أوكل الشارع أمر تشخيصها إلى العُرف، وبهذا تتفاوت الأحكام نتيجة اختلاف الأعراف المحددة لمواضيعها وسنستعرض جملة منها حسب تصنيف كتبها الفقهية وهي:

١. **كتاب الإيمان:** قال الشيخ الطوسي في المبسوط: فإن قال: لا افارقك ولي قبلك حق، فإن أخذ نفس حقه أو بدل حقه برّ، سواء كان في البدل وفاء أو لم يكن، لأنه فارقه ولاحق له قبله، وكذلك إن ابرآه وانصرف، ثم قال:

كل موضوع حكمنا بوقوع الفراق، فالفراق هو افتراق المتبايعين عن محلهما الذي تبايعا، وقد فسرناه في البيوع، وبيّنا أنه مأخوذ من العُرف فما يُسمى في العُرف افتراقاً حُكم بذلك، وما لم يسمّ بذلك لم يُحكم به.[2] فالعرف حدد الموضوع هنا.

وأيضاً لو قلت: لا أدخل على زيد بيتاً... هل يحنث بدخوله عليه في المسجد أو في الكعبة؟ قال الشيخ: لا؛ لأن ذلك لا يسمى بيتا في العُرف، وفيه إشكال كما يقول المحقق الحلي.[3]

---

١. الإمام الخميني، كتاب البيع، ج ١، ص ٣٨١.
٢. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٦، ص ٢٣٤.
٣. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٦، ص٤٢، ٤٣.

فالدخول والافتراق مواضيع عرفية للعرف حق في تشخيص ظهوراتها.

٢. **كتاب السرقة:** يقول الشيخ الطوسي: فإذا تثبت أنه لا قطع إلّا على من سرق من حرز احتجنا إلى تبين الحرز، ومعرفته مأخوذة من العُرف، فما كان حرزاً لمثله في العُرف ففيه القطع، وما لم يكن حرزاً لمثله في العُرف فلا قطع؛ لأنّه ليس حرز.[1]

إذن فالمرجع إلى معرفة ما كان حرزاً وما لم يكن هو العُرف، والحرز هو موضوع القطع الذي يترتب عليه حكم القطع في حال ثبوته أنه حرزاً، ولا ضير في ذلك ما دام الحرز موضوعاً عرفياً.

٣. **كتاب الشهادات:** فأما إن كان في يده دار يتصرف فيها مطلقاً من غير منازع بالهدم والبناء والإجارة والإعادة وغير ذلك، فيسوغ للشاهد أن يشهد له باليد بلا إشكال، وأما بالملك المطلق، فلا تخلو المدة من أحد أمرين.

إما أن تكون طويلة أو قصيرة، فإن كانت طويلة مرت عليه السنون على صورة واحدة من غير منازعة، قال بعضهم: يشهد له بذلك، لأنّ عرف العادة قد تقرر إن من تصرف مطلقاً من دون منازع كان متصرفاً في ملكه،[2] فالعرف شخّص للشاهد ملكية هذا الرجل كي يسوغ له الشهادة على ذلك، فالملكية من المواضيع العرفية التي تدخل في دائرة اختصاص العُرف.

٤. **كتاب التجارة:** يقول المحقق الحلي: فيما يدخل في المبيع، والضابط الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغة أو عرفاً، فمن باع بُستاناً دخل الشجر والأبنية فيه، وكذا مَن باع داراً دخل فيها الأرض والأبنية، والأعلى والأسفل، إلّا انيكون الأعلى مستقلاً بما تشهد العادة بخروجه.[3]

وقال الشهيد الثاني: فيبقى الكلام في التسمية قبضاً، والأجود الرجوع في معناه إلى العُرف في غير النصوص، وهو المكيل والموزون، لأن القاعدة رد مثل ذلك إليه،

---

١. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٨، ص٢٢.
٢. المصدر السابق، ص١٨١.
٣. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٣، ص٦٠، ٦١.

حيث لم يرد له تحديد شرعي، والعُرف يدل على ان اقباض غير المنقول يتحقق بالتخلية مع رفع يد البائع عنه.[١]

وقال في موضع آخر:

وعلم أن البستان أعم من الكرم في اللغة والعُرف العام، فلو باعه الكرم بلفظ البستان دخل فيه الشجر والأرض كما ذكر، والبناء على التفصيل، والعريش الذي يوضع عليه القضبان ونحوها إذا كانت مثبتة دائماً أو أكثرياً، ولو كانت مما تُنقل في أكثر الاحيان إلى غيره، رجع فيه إلى العُرف، وكذا يدخل الطريق والشرب، لدلالة العُرف على ذلك وإن لم يدخل في مفهومه.[٢]

وصرح العلامة الحلي بذلك فقال: ومن عادة الشارع رد الناس إلى ما يتعارفونه من الاصطلاحات في ما لا ينص على مقصودة باللفظ.[٣]

إذن تحديد ظهورات الأوصاف يُرجع فيها إلى العُرف، وقد صرح بذلك أيضاً الشهيد الأول، عندما جعل العامي أعرف من الفقيه فيها، فقال: والمرجع في الأوصاف إلى العُرف، وربما كان العامي أعرف بها من الفقيه؛[٤] لأن العُرف هنا يدخل في مجال تشخيص ظهورات الألفاظ، والعامي يتمتع بصفاء ذهني خاص بخلاف الفقيه الذي قد تتداخل في ذهنه المصطلاحات الفلسفية وغيرها مما يؤدي به الذهاب بعيداً عن الفهم العام البسيط الذي قد يكون محكماً في بعض الأحيان.

٥. كتاب الرضاع: يقول العلامة الحلي: ويعتبر في الرضعات المذكورة قيود ثلاثة، أن تكون الرضعة كاملة، وأن تكون الرضعات متوالية، وأن يرضع من الثدي، ويُرجع في تقدير الرضعة إلى العُرف،[٥] أما المحقق الحلي فقد قال: أما كمالية الرضعة

---

١. الشهيد الثاني، مسالك الافهام، ج٣، ص٢٣٩.
٢. المصدر السابق، ص٢٢٨.
٣. العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج٥، ص٣٠١، ٣٠٢.
٤. الشهيد الأول، اللمعة الدمشقية، ج٣، ص٤٠٣.
٥. العلامة الحلي، شرائع الإسلام، ج٤، ص٢٣١، ٢٣٢.

فالمرجع فيه إلى العُرف، إذا الشارع لم يعين لها قدراً مضبوطاً بل ورد الشرع بها مطلقاً، ولم يحدها بزمان ولا بمقدار فدل ذلك على أنه ردهم إلى العُرف كما هو عادته في مثله كالقبض وشبهه.[١]

٦. **كتاب الصلاة**: يقول المحقق الحلي: الفعل الذي ليس من أفعال الصلاة إن كان قليلاً لم تبطل به الصلاة... وإن كان كثيراً أبطلها بلا خلاف... واختلف الفقهاء في حد الكثرة، فالذي عوّل عليه علماؤنا البناء على العادة، فيما يسمى في العادة كثيراً فهو كثير وإلّا فلا، لأن عادة الشرع رد الناس فيما لم ينص عليه إلى عرفهم، وبه قال بعض الشافعية.[٢]

فَحدُّ الفعل الذي تبطل به الصلاة كثرةً والذي لا تبطل به، بيد العُرف.

وأما في مسألة السهو قال المحقق الحلي: ولا سهو على من كثر سهوه... فالمرجع إلى العُرف في حد الكثرة، إذ عادة الشرع رد الناس إلى عرفهم فيما لم ينص عليه،[٣] وقال صاحب شرح اللمعة الدمشقية: إن المرجع في الكثرة إلى العُرف أيضاً.[٤]

٧. **كتاب الإحياء**: قال العلامة الحلي: والمرجع فيه إلى العُرف لعدم التنصيص شرعاً ولغةً،[٥] وقال الشهيد الثاني أيضاً: أصل الباب أن الإحياء ورد في الشرع فيُنزَّل على ما يُعدّ احياءً في العُرف، كالقبض والحرز.[٦]

٨. **كتاب الطهارة**: قال في المعتبر: الدلو التي يُنزح بها، هي المعتادة صغيرة كانت أو كبيرة؛ لأنه ليس للشرع فيها وضع، فيجب أن يتقيد بالعرف

وقال في المنتهى: والمعتبر من الدلو العادة، لعدم النص الدال على التقدير له، وفي المدارك: ينبغي أن يكون المرجع في الدلو إلى العُرف العام فإنه الحكم فيما

---

١. المحقق الحلي، تذكرة الفقهاء، ج٢، ص٦٢٠.
٢. المصدر السابق، ج١، ص١٣٢.
٣. المصدر السابق، ص١٣٦.
٤. الشهيد الأول، اللمعة الدمشقية، ج١، ص٣٣٩.
٥. العلامة الحلي، شرائع الإسلام، ج٦، ص٢٨٠.
٦. الشهيد الثاني، مسالك الافهام، ج١٢، ص٤٢٣.

لم يثبت فيه وضع من الشارع، ولا عبرة بما جرت العادة باستعماله في ذلك البئر، إذا كان مخالفاً له.

وناقش صاحب الجواهر في ذلك، فقال: قلت: كلام ممن تقدمه قد يظهر منه الإرادة بالعادة والعُرف العام، ولا ينافيه قوله في المعتبر صغيرة أو كبيرة، إذ المراد بعد تناول العُرف، وربما احتمل القول بالاقتصار على المعتاد في ذلك الزمان، بعد ثبوته للاستصحاب، وإن لم يثبت يجب الأخذ بالمتيقن... فالمسألة لا تخلوا من إشكال.[1]

إلى غير ذلك من الموارد التي جُعل فيها العُرف مورداً لتشخيص الموضوع، ونختم الموضوع هنا بكلمة للسيد محمد تقي الحكيم حيث قال:

> ما يرجع إليه ـ للعرف ـ لتشخيص بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها إلى العُرف مثل لفظ الإناء والصعيد ونظائرهما مما أخذ موضوعاً في ألسنة بعض الأدلة، والظاهر أن بعض الأحكام إنما وردت على موضوعات عرفية، فتشخيص مثل هذه الموضوعات مما يرجع فيه إلى العُرف، وفي هذا القسم نرى تفاوت الأحكام بتفاوت موضوعاتها الناشئ من اختلاف الأعراف باختلاف الأزمنة والبيئات.[2]

وذكر بعض علماء العامة هذا المجال، بقوله: المراد من هذا النوع: الرجوع إلى العُرف في إقامة الأحكام الكلية حال تطبيقها على جزئيات الحوادث.[3]

وذكروا له تطبيقات كثيرة في الفقه نقلوها في موسوعاتهم الفقهية.

٣. مرجعية العُرف لاستكشاف مراد المتكلم

قبل البحث في هذا الموضوع لابدّ أولاً من تحديد محل النزاع؛ إذ أن المتكلم إما شارعاً، وإما ليس بشارع، بل هو متكلم عادي، فما هو المراد من المتكلم الذي يُرد

---

١. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج١، ص٢٦٠.
٢. محمد تقي الحكيم، الأُصول العامة، ص٤٢٢.
٣. ولي وقوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص٢٧٠.

استكشاف مراده من العُرف، هل هو الشارع فقط، أم غيره، أم كلاهما؟ وسيتضح أن المراد كلاهما لتعلق الأحكام الشرعية في استكشاف تلك المرادات، فأما بالنسبة إلى الشارع، فهنا يوجد قسمان، يحتاج فيهما إلى الاستكشاف.

القسم الأول: تشخيص المواضيع التي هي مرادة للشارع، لأن تشخيصها بيد العُرف فيندرج هذا القسم في المجال الثاني، الذي عنوناه، بمرجعية العُرف في تشخيص المواضيع.

القسم الثاني: تشخيص الملازمات العرفية، في حال تضمن كلام الشارع إلى دلالات إلتزامية، فالشارع تارة يحكم بأمر له ملازمات عرفية، فتشخيص تلك الملازمات بيد العُرف لاستكشاف مراد المتكلم الذي هو الشارع هنا، فمثلاً، إذا حُكم بطهارة الخمر إذا انقلب خلاً، وهذا الحكم ملازم عرفاً للحكم بطهارة جميع أطراف الإناء، فالخمر إذا انقلب إلى خل فإناءه طاهر، أي إذا انقلب الخمر خلاً انقلبت نجاسة الإناء إلى طهارته عرفاً، فهذه الملازمة العرفية يُستكشف منها مراد الشارع بطهارة الإناء.

وقد أشار بنحو الإجمال إلى ذلك بعضهم عندما قال: ما يرجع فيه لاستكشاف مراد المتكلمين عندما يطلقون الألفاظ، ويدخل في هذا القسم ما يرجع للدلالات الإلتزامية إذا كان منشأ الدلالة الملازمة العرفية كحكم الشارع مثلاًبطهارة الخمر إذا انقلب إلى خل الملازم عرفاً للحكم بطهارة جميع أطراف إناءه.[١]

وأشار السيد تقي الحكيم إلى المطلب بنحو الإجمال أيضاً عندما قال: كما ينتظم فيها ـ في المجال الثالث ـ كلما يصلح أن يكون قرينة على تحديد المراد من كلامه.[٢]

هذا بالنسبة إلى الشارع، وأما بالنسبة لاستكشاف مراد المتكلم غير الشارع، أي المتكلم العادي، فهذا أيضاً له مصاديق كثيرة جداً في الفقه، فمثلاً، في باب النذر

---

١. الشيخ التسخيري، العُرف ودوره في عملية الاستنباط، مقال منشور في مجلة التوحيد، العدد ٥٨.
٢. السيد تقي الحكيم، الأصول العامة، ص٤٢٣.

يقول الشيخ الطوسي: وأما التخصيص بالعرف القائم في الاسم كقوله: لا أكلت البيض، حقيقة هذا كل بيض سواء زايل بائضه وهو حيّ، كبيض الدجاج والنعام والأوز والعصافير، أو لا يزايل بائضه وهو حي، كبيض السمك والجراد، والبيض الموجود في جوفه يطبخ ويشوى معها، غير أنا نحمله على ما يزايل بائضه حياً بالعرف القائم في الاسم، ألا تراه إذا قال أكلت البيض لم يُفهم منه بيض السمك والجراد، وكذلك إذا حلف: لا أكلت الرؤوس، فهنا حقيقة كل رأس، وحملناه على النعم بالعرف القائم في الاسم.[1]

فمعرفة كلام الحالف واستكشافه كان بالعرف القائم بالاسم، وفي مورد آخر ذكر الشيخ الطوسي فقال: إذا عقدا نضالاً واختلفا، فقال أحدهما مستقبل الشمس، وقال الآخر مستدبرها، قدم قول من طلب الإستدبار لأن ذلك هو العُرف[2] فالعرف هنا حَكَم بالإستدبار وليس بالاستقبال.

أما في كتاب القضاء، فيمن ولاه الإمام، فهل يجوز له أن يولي من قبله أم لا؟ قالوا بعد تشقيق المسألة: إن ولايته إن كانت بقدر لا يمكن لذلك المولي أن ينظر فيها بنفسه فله أن يولي من ينوب عنه في الجملة، وعلى حد تعبير الشيخ الطوسي: لأنه إذا كان مما لا ينهض فيه بنفسه فقد أذن له في الاستخلاف عرفاً وعادة.[3]

فَحُمل كلام الإمام في تولية أحد الأشخاص على العُرف، وحددوا به الاذن في حق المولي ان يولي من قبله.

وأما في كتاب الوقف، قال المحقق الحلي: إذا وقف شاة كان صوفها ولبنها الموجود داخلاً في الوقف ما لم يستثنه نظراً إلى العُرف، وقال أيضاً لو وقف على الجيران رجع إلى العُرف.[4]

---

١. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٦، ص٢٥٥.
٢. المصدر السابق، ص٢١٢.
٣. المصدر السابق، ج ٨، ص١٦٧.
٤. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٤، ص٤٦، ٥٤.

٥
أدلة العُرف

أصلية العُرف للتشريع وعدمها

قبل الورود في طيات هذا البحث لابدّ من تحديد معنى كلمة «أصل»؛ لأنّ بعض الألفاظ لها معانٍ لغوية وأخرى اصطلاحية متعددة، ولعل النزاع يكون في بعض تلك المعاني دون بعض، فتختلف وجهات نظر المتنازعين، فما يسعى لنفيه طرف لا يُريد إثباته الطرف الآخر، فيقع النزاع على أمرٍ غير محرر عندهم، فلابدّ من تحريره أولاً ثم النزاع فيه ثانياً.

ومن هذه المصطلحات التي تعرضت لذلك النزاع هو مصطلح «أصل»، فلابدّ من معرفة معناه اللغوي أولاً، ثم الاصطلاحي ثانياً، ثم الكلام عنه ثالثاً.

المعنى اللغوي للكلمة: الأصل لغة، ما يبتني عليه غيره، أعم من أن يكون الإبتناء حسياً أو عقلياً أو عرفياً، فالحسي، كابتناء السقف على الجدران، والعقلي، كابتناء الحكم على دليله، والعُرفي كابتناء المجاز على الحقيقة؛ إذ الحقيقة أصل للمجاز عرفاً لا وضعاً.[1]

---

١. محمد فتحي الدريني، المناهج الأُصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ص١٠، هامش رقم ٢.

المعنى الاصطلاحي للكلمة: أحصى الدكتور محمد فتحي الدريني معاني الأصل الاصطلاحية بما يلي:

١. الدليل الإجمالي أو الكلي، الذي يشمل مصادر التشريع وقواعد الاستدلال، ومناهج الاجتهاد مثل القرآن والسنة والإجماع والعقل.

٢. القاعدة العامة المستمرة المطّردة كقولهم: الأصل أن بيع المعدوم باطل.

٣. الأمر المُستصحب أي الأمر الثابت في الماضي... كقولهم الأصل براءة الذمة، والأصل بقاء ما كان على ما كان، أو الأصل في الأشياء الإباحة.

٤. الراجح كقولهم: الأصل في الكلام الحقيقة، بمعنى أن اللفظ إذا دار بين الحقيقة والمجاز، فإنه يُحمل على الحقيقة؛ إذ هو الراجح حتى تقوم القرينة الدالة على أن المراد به هو المجاز، كاستحالة إرادة المعنى الأصلي أو تعذره.

٥. المقيس عليه، كقولهم في قياس النبيذ على الخمر، الخمر أصل والنبيذ فرع، ثم قال: كما تعارفوا على أن الأصل يُطلق على الدليل التفصيلي الخاص بمسألة معينة كقولهم: الأصل في وجوب الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ... ﴾.[1]

أما الشيخ الأعظمﷺ فقد قال: إن الأصل له معاني مختلفة منها:

الأول: الراجح؛

الثاني: القاعدة المستفادة من العمومات؛

الثالث: الاستصحاب؛

الرابع: المعنى اللغوي.[2]

وناقش في بعض هذه المعاني، بناءً على أن الأصل أُطلق في كلماتهم في عبارة «الأصل في البيع اللزوم» وهذه المناقشة خارجة عن محل كلامنا، المهم أن الشيخ الأنصاري أضاف إلى ما تقدم، المعنى اللغوي، كما هو واضح.

---

١. محمد فتحي الدريني، المناهج الأُصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، ص ١٠، ١١، هامش رقم ٢.

٢. الشيخ الانصاري، المكاسب، ج ٢، ص ٢١٢.

وبعد الفراغ من هذه المعاني، نعود إلى كلمات الفقهاء وغيرهم، ومدى استعمال العُرف في هذه المعاني، وهل استعمل في البعض منها أم في جميعها؟

فنقول: قد يتراءى من البعض استعمال العُرف بالمعنى الأول، أي جعل العُرف دليلاً إجمالياً أو كلياً، فمثلاً يقول ابن العربي المتوفى سنة (٥٤٣ هـ): العُرف والعادة أصل من أصول الشريعة يُقضى به في الأحكام،[١] ويقول القاضي عبد الوهاب (ت ٤٢٢ هـ): إن نكارة العادات لا معنى لها والأخذ بالعرف أمر واجب،[٢] وقال الشاطبي في الموافقات: «العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً»،[٣] وأما الونشريسي (ت ٩١٤ هـ) قال: «إنّ من أصول الشريعة تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارفة»،[٤] وقال التاودي (ت ١٢٠٩ هـ): إذا جرى العُرف بشيء صار هو الأصل.[٥]

وقد استعمل بالمعنى الثاني أي بمعنى القاعدة قال القاضي حسين (ت ٤٦٢ هـ): إنّ الرجوع إلى العُرف أحد القواعد الخمس التي نبني عليها الفقه.[٦]

وقال: القصود في العقود معتبرة، والمشروط عرفاً كالمشروط لفظاً.[٧]

ومنهم من استعمله في المعنى الرابع وهو الراجح، قال ابن فرحون: ينبغي الترجيح بالعوائد، وظاهر الأحوال والقرائن.[٨]

ولم يُستخدم العُرف بالمعنيين الثالث والخامس، بل اقتصر الاستخدام على المعاني التي ذكرناها عند العامة، أما عند فقهاء الشيعة فقد استعمل بمعنيين وهما

---

١. ابن العربي، أحكام القرآن، ج٣، ص١٠٨٥.
٢. ابن القيم، الطرق الحكمية، ص٩١، ٩٢.
٣. الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٢٨٦.
٤. نقله السجلماسي، شرحه لعمل فاس، ج١، ص٣٧٢.
٥. التاودي، شرحه على العاصمة هامش البهجة، ج٢، ص٩١.
٦. ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٤، ص٤٠٦.
٧. ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج٥، ص١٠٩.
٨. برهان الدين إبراهيم علي بن فرحون، تبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مطبوع على هامش، فتح العلي، ج١، ص١٢٥.

الثاني والرابع، أي بمعنى القاعدة العامة المستمرة المطّردة، وهذا ما أسموه بـالعرف العام، وبمعنى الراجح أي الترجيح به في مرادات المتكلمين فعندما يحلف الإنسان على ألا يأكل لحماً، فلا يحنث بأكل السمك وإن سماه الله لحماً، فـرجـح العُـرف المعنى المذكور على المعنى اللغوي، بل والمعنى المستعمل في القرآن ان لم يصل إلى حد الحقيقة، فهناك مورد اتفاق في الاستعمال ومـورد اخـتلاف، فـالاتفاق فـي المعنى الثاني والرابع والاختلاف بالمعنى الأول، والذي يهون الخطب أن القول بكون العُرف أصل ليس هو قول مطلق العامة، بل ولا حتى مشهورهم، ولهذا قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف: والعُرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً، وهو في الغالب من مراعاة المصالح المرسلة.[1]

وكذلك قال ولي قوته: أما أن العُرف دليلاً برأسه قائماً بنفسه كالنص والإجماع فلا بلا مواربة ولا تردد[2] ولهذا شبهه ابن النجار بالأدلة في فاتحة كلامه عـن القـواعـد[3] وبذلك يُعرف التحكم عند من عد العُرف أصلا من الأصول.

أدلة إجمالية أخرى للعُرف

بعد أن تبين لنا أن العُرف ليس أصلاً في مقابل الأصول المعتمدة في البحث الفقهي، سنتعرف هنا على طريقة إرجاع العُرف إلى القواعد والأدلة ومنها:

١. التقرير

استدل العلماء على بعض الأمور بتقرير المعصوم، والتقرير هو: سكوت المعصوم على فعل أو سلوك معين في زمانه، فمع عدم توفر دواعي سكوته يكشف عن رضاه بذلك الفعل.

---

١. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص٨٩، ٩٠.

٢. ولي قوته، العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص٢٢٥.

٣. ابن النجار، شرح الكواكب، ج٤، ص٤٣٩.

وتتكئ دلالة السكوت على الإمضاء إما على أساس عقلي، أو أساس استظهاري.

أما الأساس العقلي فينبثق من أحد منطلقين:

الأول: إما من كون المعصوم مكلفاً يجب عليه مع إجلاله وتقديره الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حال توفر شروطه، فالفعل والسلوك الذي صدر بمرأى ومسمع منه لو كان منكراً لردع عنه مع توفر شروط الردع، فإذا سكت كشف ذلك عن إمضاءه.

الثاني: وأما كونه محافظاً على الشريعة وراعياً لها، فلو كان ما صدر مفوتاً لغرضه وناقضاً لرعايته وهاتكاً لساحة حمى الشريعة، لوقف بوجهه وإلّا أنتقض الغرض من ذلك.

وأما الأساس الاستظهاري، فإن ظهور حال المعصوم الساكت عن الفعل يكشف عن الرضا به.[1]

وبعد هذا البيان المختصر هل نستطيع أن نجعل سكوت المعصوم عن عرف من الأعراف سائداً في عصره، دليلاً على إمضاءه لذلك مع توفر شرط ظهور العُرف في مكان تواجده وتوفر دواعي الردع عنه وما شاكل ذلك، أم لا نستطيع ذلك؟ طبعاً بعد معرفة أن هذا العُرف له مدخلية مباشرة أو غير مباشرة في حومة ما يدافع عنه المعصوم.

الجواب: لا شك في ذلك ولكن بشرط أن يكون العُرف الذي نريد الاستدلال به بامضاء المعصوم منضبط غير متغير، ولعل هذا الاستدلال لايختلف في جوهره عن الاستدلال بالسيرة العقلائية إلّا في كونه خاصاً في عرف معين كعرف أهل المدينة أو عرف الكوفة أو ما شابه ذلك.

فإذا ثبت العُرف المعين في زمانه ولم يردع عنه مع توفر دواعي الردع يكشف عن

---

١. الشهيد الصدر، دروس في علم الأصول، الحلقة الثانية، ص١٥٨، بتصرف.

جواز العمل به إذا كان محتمل الحرمة، ويكشف أيضاً عن مشروعيته وحجته فيما إذا كان جارياً على معاملة معينة، ولكن تبقى النكتة تمامها كامنة في الإمضاء وفي حدود ذلك الإمضاء.

وأما عند أبناء العامة فلا يختلف الأمر، بل لم يعتبروا بقول الصحابي كنا نفعل كذا وكذا مع خفاء ذلك على رسول اللهﷺ، قال في إرشاد العقول:

إذا قال الصحابي كنا نفعل كذا، أو كانوا يفعلون كذا، وأضافه إلى عصر الرسولﷺ وكان مما لا يخفى مثله عليه.[١]

ولكن بعضهم كان دقيقاً عندما قال: أن يسكت النبيﷺ عن إنكار قولٍ قيل بين يديه، أو في عصره وعلم به، أو سكت عن إنكار فعل فُعِل بين يديه أو في عصره، وعلم به، فإن ذلك يدل على الجواز.[٢]

فأضاف إلى قيد بين يديه أو في عصره، العلم به من قبله، ولا يكتفى بقول الصحابي كنا نفعل كذا وكذا.

ومن أمثلة هذا القسم بعض التجارات والصناعات التي كانت سائدة آنذاك، فالعرف الثابت آنذاك مضى بدليل شرعي، وهو إمضاء من تجب له العصمة.

٢. الإجماع

ذهب البعض إلى أن الإجماع من الأدلة الدالة على العُرف، ونحن أفردنا لبحث العُرف والإجماع بحثاً مستقلاً، ولكن نكتفي هنا بمجرد الإشارة وهي أن الاتفاق على أمر من الأمور سواء كان في «الشرعيات أو العقليات أو العرفيات أواللغويات»،[٣] فهو معتبر شرعاً بقيام دليل الإجماع عليه، فالعوائد والأعراف العامة معتبرة شرعاً، وقام الدليل عليها إذا وقعت في عهد الصحابة والتابعين وأجمعوا عليها،[٤] ففي تقرير

---

١. إرشاد العقول، ص٤١.

٢. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ج١، ص١٣٣.

٣. إرشاد العقول، ص٧١. ٤. صالح عوض، أثر العرُف في التشريع الإسلامي، ص٤٢٠.

المعصوم كانوا يقولون هناك أن قول الصحابي كنا نفعل كذا وكذا غير معتبر إلّا بعلم الرسولﷺ، أما في الإجماع فهو دليل مستقل لا يحتاج إلى جريان العادة والعُرف في حياتهﷺ، بل يكفي جريانها في عصر الصحابة وإجماعهم عليها، ويمكن أن يُناقش هذا، بالقول أين هذه العادة والعُرف الذي اتفق الصحابة عليها، وما ذكروه من مصاديق كلها كانت جارية في عصر الرسالة كالاستصناع ونحوه، فالإجماع لا قدرة له على التشريع إلّا بحدود كاشفيته، بل هو اتفاق قولي، والعادة والعُرف اتفاق عملي إن صح التعبير ولهذا لجأ البعض إلى اكتشاف الإجماع العملي السكوتي.[1]

ونحن لا نريد الخوض في أصل نشوء الإجماع وبدايات انطلاقه لتصحيح خطأ وقع آنذاك، لعدم مدخلية البحث إلّا بالمقدار المذكور أعلاه.

وهناك أدلة أخرى حاول البعض إرجاع العُرف إليها، كدليل رفع الحرج بحجة أن «العادة طبيعة ثانية» لما للعادات من سلطان على النفوس والعمل التكراري تألفه الأعصاب والأعضاء،[2] مما يؤدي إلى الحرج في تركها، ولكن هذا كلام يكذّبه العقل والنقل، أما العقل فما من شيء مكتسب إلّا وتركه كاكتسابه ممكن مقدور، وأما النقل فلقد كذّبت الشريعة الكثير من العادات التي كانت سائدة في الجاهلية وحرّمتها فلا يصح الاستدلال بهذا النوع من الكلام، كل ذلك تحكّم لا دليل عليه.

الأدلة الخاصة على العُرف

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ... ﴾.[3]

تُعتبر هذه الآية الكريمة من الأدلة الخاصة التي استدل بها على العُرف، وسنذكر كلمات المستدلين والمانعين للتوصل إلى نتيجة بعد المقارنة بينهما.

فقد استدل بها القرافي، فقال: قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ... ﴾ فكل ما

---

١. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، ج١، ص١٣٦.

٢. المصدر السابق. ٣. الأعراف، ١٩٩.

شهدت به العادة قضي به لظاهر هذه الآية، إلّا أن يكون هناك بينه.[١]

واستدل بها أيضاً القاضي ابن عطية، فقال: وقوله تعالى ﴿...وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ...﴾ معناه، كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة.[٢]

واستدل بها أيضاً علاء الدين الطرابلسي، فقال: الباب الثامن والعشرون في القضاء بالعرف والعادة، قال الله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ﴾، والعادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها.[٣]

ومن المستدلين بالآية، صاحب بلوغ السؤول، فقال: والأصل في تحكيم العُرف قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ...﴾ أي ما يعرفونه الناس ويعتادونه.[٤]

واستدل بالآية الكثير من فقهاء وعلماء العامة، وجُعلت أعراف الناس ومعتقداتهم معترف بها شرعاً، ولا داعي لنقل كلماتهم بهذا الخصوص؛ لأنّها لا تخرج عن حقيقة الكلمات التي نقلناها أعلاه.

وجه الدلالة

إن المراد بالعرف، هو عادات الناس وتقاليدهم وأعرافهم، وما دام الله تعالى أمر نبيهﷺ بالعرف، دل على اعتبار ذلك شرعاً ما لم تقم بينه على خلاف تلك الأعراف والتقاليد، وإلّا إذا لم يدل أمر الله تعالى على ما ذُكر لكان الأمر به لغواً.

المانعون من الاستدلال

اختصر بعض علماء العامة حجة المانعين بالنقاط التالية:

١. إن الآية مكية، ولم يكن آنذاك فروع عملية يحكم بالعرف فيها، وإنّما الآية وردت في الحث على مكارم الأخلاق؛

---

١. أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، ج٣، ص١٤٩.
٢. عبد الحق بن عطية الأندلسي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ج٦، ص١٨٦.
٣. علاء الدين الطرابلسي، مُعين الحكام، ص١٦١.
٤. بلوغ السؤول وحصول المأمول، ص٢٣١.

٢. إن سياق الآية يدل على أن العُرف المأمور به هو ما عُرف في الشرع حسنه، ومعناها: وأمر بكل ما أمرك الله به، وعرفته بالوحي، وقال ابن الأثير: المعروف: اسم جامع لكل ما عُرف من طاعة الله والتقرب إليه والإحسان إلى الناس وكل ما ندب إليه الشرع ونهى عنه من المحسنات والمقبحات، وهو من الصفات الغالبة، أي معروف بين الناس إذا رأوه لا ينكرونه؛[1]

٣. لو كان المراد بالآية أعراف الناس وعاداتهم لكان أمراً باعتبار عادات الجاهلية والرسولﷺ جاء لتغييرها.[2]

والحاصل: فإن الآية لا علاقة لها بأعراف الناس وتقاليدهم فهي أجنبية عنها بالمرة، بل ترتبط بما حسنة الشرع وإرتكز في النفوس من المعروف في عمل الخير والبر.

أقوال المفسرين في الآية

ويقف إلى جانب المانعين، المفسرون للآية المباركة، فقد قال ابن العربي:

قوله تعالى: ﴿...وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ...﴾ فيه أربعة أقوال:

الأول: العُرف، المعروف قاله عروه؛

الثاني: قول «لا اله إلّا الله»؛

الثالث: ما يُعرف من الدين؛

الرابع: ما لا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع، ثم قال: أماالعُرف، فالمراد به هنا، المعروف من الدين، المعلوم من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال، المتفق عليها في كل شريعة... وأمر بالعرف، تتناول جميع المأمورات والمنهيات، وأن العُرف ما عُرف حُكمه، واستقر في الشريعة موضعه، واتفقت القلوب على علمه وعمله.[3]

---

١. ابن اثير، النهاية، ج٣، ص٢١٦.
٢. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص١٨٣، ١٨٤.
٣. ابن العربي، أحكام القرآن، ج٢، ص٦٦٥.

وأما الفخر الرازي فقد قال: الحقوق التي تستوفى من الناس وتؤخذ منهم إما أن يجوز إدخال المساهلة والمسامحة فيها، وأما أن لا يجوز، أما القسم الأول فهو المراد بقوله خذ العفو... وأما القسم الثاني، وهو الذي لا يجوز دخول المساهلة والمسامحة فيه، فالحكم فيه أن يأمر بالعرف والعُرف والمعارفة والمعروف: هو كل أمر عُرف أنه لابدّ من الإتيان، وأن وجوده خير من عدمه... قال جعفر الصادقﷺ: وليس في القرآن أجمع لمكارم الأخلاق من هذه الآية.[١]

أما العلامة الطباطبائي فقد قال في تفسير كلمة المعروف:

المعروف هو الذي يعرف الناس بالذوق المتكسب من نوع الحياة الاجتماعية المتداولة بينهم... فالمعروف يتضمن هداية العقل وحكم الشرع وفضيلة الخلق الحسن، وسنن الأدب، وحيث بنى الإسلام شريعته على أساس الفطرة والخلقة، كان المعروف عنده هو الذي يعرفه الناس إذا سلكوا مسلك الفطرة ولم يتعدوا طور الخلقة.[٢]

هذا بالنسبة إلى المعروف وما يحمل من معنى عند السيد، وأما تفسيره للآية فقد قال: قوله تعالى: ﴿...وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ...﴾ والعُرف هو ما يعرفه عقلاء المجتمع من السنن والسير الجميلة الجارية بينهم بخلاف ما ينكره المجتمع وينكره العقل الاجتماعي من الأعمال النادرة الشاذة، ومن المعلوم ان لازم الأمر بمتابعة العُرف أن يكون نفس الأمر مؤتمراً بما يأمره من المتابعة.[٣]

فأقوال المفسرين ساندت ودعمت أقوال المانعين للاستدلال بالآية على الأعراف العامة للناس، بل الآية تشير إلى اعتبار ما يعرفه عقلاء المجتمع الذي ينبع من هداية العقل وحكم الشرع وفضيلة الخلق الحسن كما ذكر ذلك السيد الطباطبائيﷺ.

---

١. الفخر الرازي، التفسير الكبير، ج١٥، ص٩٥.

٢. السيد الطباطبائي، الميزان، ج٢، ص٢٣٢.

٣. المصدر السابق، ج٨، ص٣٨٠.

الدليل الثاني: حديث «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»

هذا الحديث من الأدلة الخاصة التي ذكرها جمع من العامة، واستدلوا به على اعتبار العُرف وحجيته، وقبل الحكم على ذلك نفياً أو إثباتاً، نتعرض إلى جملة من الأمور بمثابة المقدمات التي بموجبها يحكم على تلك الدعوى، خصوصاً وأن من استدل به لم يحدد محل استدلاله، فهل هو دليل على أن العُرف أصلاً أم قاعدة مطردة أم إجماع إلى غير ذلك مما اختلف فيه الأعلام، فخطوات الكلام عن هذا الحديث تندرج في النقاط التالية:

١. ذكر من أخرج هذا الحديث وضبط ألفاظه؛
٢. بيان وجه الدلالة بهذا الحديث على العُرف؛
٣. أقوال مَن استدل به؛
٤. أقوال المُعترضين على هذا الاستدلال وحججهم؛
٥. أقوال علماء الرجال في مدى اعتبار هذا الحديث.

الأمر الأول: ذكر من أخرج هذا الحديث وضبّط ألفاظه: قال أحمد بن حنبل في مسنده: عن عبد الله بن مسعود‌ؓ قال: إن الله نظر في قلوب العباد فوجد قلب محمد‌ﷺ خير قلوب العباد فاصطفاه لنفسه، فابتعثه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد بعد قلب محمد‌ﷺ فوجد قلوب أصحابه خير قلوب العباد، فجعلهم وزراء نبيه، يقاتلون على دينه، فما رأى المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوا سيئاً فهو عند الله سيء.[1]

واعترض البعض على نسبة هذا الحديث إلى مسند أحمد، يقول ولي قوته:

> ومما يُستغرب هنا نفي الحافظ ابن حجر‌ؒ وجود هذا الحديث في المسند، ووافقه على ذلك تلميذه السخاوي.[2]

---

١. أحمد بن حنبل، مسند أحمد، ج١، ص٣٧٩.
٢. ولي قوته، العرُف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص١٨٨.

وأخرجه الحاكم في المستدرك عن طريق أحمد بلفظ: وما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيئ، وقد رأى الصحابة أن يستخلف أبو بكر.[١]

الأمر الثاني: وجه الدلالة بالحديث: يُعتبر العُرف من أفراد ما رآه المسلمون حسناً، فهو حسن عند الله، فالعرف معتبر ومرضي شرعاً بتوسط رؤية المسلمين له حسناً، وما دام العُرف حسناً، فهو عند الله حسناً أيضاً. وبهذا يثبت اعتبار العُرف شرعاً. فالعرف حجة بالنص، فكل ما ثبت أنه لم ينص عليه رسول اللهﷺ ولم يعارض الشريعة فهو محمول على عادات الناس وأعرافهم لدلالة هذا الحديث.

الأمر الثالث: أقوال من استدل به: استدل بهذا الحديث، ابن نجيم فقال: القاعدة السادسة: العادة محكمة، وأصلها قوله عليه الصلاة والسلام «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن،[٢] واستدل السيوطي به أيضاً فقال: القاعدة الخامسة: العادة محكمة، قال القاضي حسين: أصلها قولهﷺ ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن،[٣] واستدل به الكمال بن الهمام فقال: والعُرف إنّما صار حجة بالنص، وهو قولهﷺ: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما لم ينص عليه رسول اللهﷺ فهو محمول على عادات الناس؛ لأنّها دلالة على الجواز فيما وقعت عليه، لقولهﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».[٤]

واستدل السرخسي على ذلك فقال:

إنّ ما جرى العُرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوزه اعتبار العُرف، كثياب الجنازة، وما يحتاج إليه من القدور والأواني في غسل الميت، وهذا الأصل

---

١. الحاكم النيسابوري، المستدرك، ج٣، ص٧٨، ٧٩.
٢. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص٩٣.
٣. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٢١.
٤. ابن الهمام، فتح الغدير، ج٦، ص٢٨١.

معروف، ان ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يُبطله فهو جائز، وبهذا الطريق جوّزنا الاستصناع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام: ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن.[١]

واستدل به الكثير من فقهاء العامة، ونسبوا الحديث إلى رسول اللهﷺ.

الأمر الرابع: أقوال المعترضين على ذلك: اعترض على هذا الاستدلال جملة من العلماء، وسنكتفي برأي الشيخ ولي قوته من العامة، والسيد محمد تقي الحكيم من الخاصة.

قال الشيخ ولي قوته: على فرض كون هذا الحديث مما له حكم الرفع، فإن دلالته على المراد غير تامة؛ لورود الاحتمالات التالية:

١. إن اللام في «المسلمون» ليست لمطلق الجنس، بل هي هنا للعهد، والمعهود هو ما ذكره في الحديث «فاختار له أصحاباً» فيكون المراد بالمسلمون الصحابة فقط ويدل على هذا:

أ) حرف الفاء الداخل في «ما رآه»؛

ب) رواية الحاكم للحديث، ففي آخرها زيادة«... وقد رأى أصحابه أن يستخلف أبو بكر» فسياقها أيضاً يشهد بترجيح حمل «كلمة المسلمون في الحديث» على الصحابة دون غيرهم.

٢. ان يكون المراد بـ«المسلمون» في الحديث: أهل الاجتهاد، ويدل على ذلك أن كلمة «رآه» هي من الرأي، والرأي: هو ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب، مما تتعارض فيه الإمارات... فلا يقال للأمر المعقول الذي لا تختلف فيه العقول، ولا تتعارض فيه الإمارات أنه رأي، فلا يدخل العُرف لكونه كذلك، فهذا الرأي لا يكون إلّا ممن سما إلى مرتبة الاجتهاد، وعليه فاللام في «المسلمون» هي

---

١. السَرخسي، المبسوط، ج١٢، ص٤٥.

لاستغراق حقائق الجنس، والمراد بهم حينئذٍ أهل الاجتهاد، الذي هم الكاملون في صفة الإسلام، صرفاً للمطلق إلى الكامل؛ لأن المطلق ـ عند عدم القرينة ـ ينصرف إلى الفرد الكامل، وهو ـ هنا ـ المجتهد، فيكون معنى الحديث ما رآه أهل الاجتهاد حسناً فهو عند الله حسن، وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح.

٣. ويجوز أن تكون «اللام» للاستغراق الحقيقي، فيكون المعنى ما رآه جميع المسلمين، وحينئذ يكون الحديث وارداً في الإجماع ودالاً عليه.

ثم قال: وواضح مما تقدم إن أظهر الاحتمالات وأصحها هو الاحتمال الأول في أن المراد بـ«المسلمون» وما استحسنوه هم الصحابة فقط، وعليه فلا ينهض دليلاً على اعتبار العُرف واثبات حجيته.[1]

ونحن إذ نقلنا ذلك ليس للتسليم به، بل توجد عدة ملاحظات على هذا الكلام خصوصاً وأن الزيادات التي علق عليها، لم تكن ثابتة في بعض النسخ، أضف إلى ذلك ما يأتي من الاعتراض على أصل ثبوت الحديث، فضلاً عن زياداته، وإنما نقلناه لتعدد المُبطل للاستدلال أما السيد تقي الحكيم فقد أورد على هذا الحديث جملة من الإشكالات وهي:

١. كونه مقطوع، واحتمال أن يكون كلاماً لابن مسعود لا رواية عن النبيﷺ؛

٢. العُرف لا علاقة له بعوالم الحُسن لعدم إبتنائه عليها غالباً، ما أكثر الأعراف غير المُعللة لدى الناس، والمعلل منها ـ أي الذي يدرك العقل وجه حسنه نادر جداً ـ فالاستدلال لو تم فهو أضيق من المدعى؛

٣. وحتى في هذه الحدود الضيقة لا يجعله أصلاً مستقلاً، وإنما يكون من صغريات حكم العقل، لما مر من أن هذا الحديث لا يزيد على كونه تأكيداً لحكم

---

١. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية، ج١، ص١٩١، ١٩٢.

العـقل، أو أنّـه مـن أدلة الإجـماع، فـتكون المسألة عـلى تـقديرها مـن صـغريات حجية الإجماع.[1]

فالحديث حتى لو تم الاستدلال به فلا يصح أن يُستدل به لجعل العُرف أصلاً مستقلاً ومصدراً من مصادر التشريع.

الأمر الخامس: أقوال علماء الرجال في الحديث: وتعرض علماء الرجـال لهـذا الحديث، فقد قال الزيـعلي مـعلقاً عـلى الحـديث: غـريب مـرفوعاً، ولـم أجـده إلّا موقوفاً على ابن مسعود،[2] أما ابن القيم فقد شن هجوماً على من نسب الحديث إلى رسول اللهﷺ وقال: إن هذا الحديث ليس من كلام رسول اللهﷺ وإنما يضيفه في كلامه، من لا علم له في الحديث، وإنما هو ثابت عن ابن مسعود قوله، ذكره الإمام أحمد وغيره موقوفاً.[3]

وبهذا الكلام يظهر حكم ابن نجيم والسيوطي والكمال بن الهمام والسرخسـي، الذين نسبوه إلى رسول اللهﷺ.

وقال الحافظ العلائي: لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحـديث أصـلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال وإنّما هو من قول عبد الله بن مسعود موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده.[4]

أما العجلوني فقد قال: والأصح وقفه على ابن مسعود.[5]

وغير ذلك من الأقوال التي أطبقت عـلى أنـه مـن كـلام ابـن مسـعود مـوقوفاً عـليه، فـالحديث يسـقط عـن الاسـتدلال، بـعد هـذه الاعـتراضـات المـتقدمة مـن أصحاب الاختصاص والفن، بـل حـتى لو ثـبت الحـديث فـهو يـدل عـلى اعـتبار

---

١. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة، ص٤٢٤، ٤٢٥.
٢. الزيعلي، نصب الراية لأحاديث الهداية، ج٤، ص١٣٣.ح
٣. ابن القيم الجوزية، الفروسية، ص٦٠.
٤. السيوطي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٢٢١.
٥. كشف الخفاء، ج٢، ص٤٣٥.

العُرف في الحدود الضيقة، بحيث لا يجعله أصلاً مستقلاً برأسه.

وذكر البعض أدلة أخرى للعرف لا تنهض بالمدعى بل أقصى ما يمكن الاستدلال بها عليه في أمور جزئية كتحديد مفاهيم الألفاظ أو تعليق الحكم على أمور عرفية لا علاقة لها بكون العُرف مصدراً وأصلا من أصول التشريع، نعم قادرة على إثبات حجية العُرف في الجملة.

٦

دور العُرف في المباحث الفقهية والأصولية المستحدثة

العُرف وعقد الاستصناع

تارةً يذهب الشخص إلى النجّار ويقول: بعني هذا السرير بماءة دينار، فلا إشكال في صحة هذا العقد بعد موافقة البائع؛ لأنّه عقد بيع وشراء، وأخرى يجلب خشب السرير معه ويقول اعمل لي بهذا الخشب سريراً، وهذا أيضاً لا إشكال في مشروعيته؛ لأنّه عقد إجارة، وثالثه يذهب إليه وهو خالي اليدين ويقول: أريد أن تصنع لي سريراً بهذه المواصفات المعينة، فهذا يسمى استصناع، ولفظة الصنع والتصنيع لم تكن غريبة على الذهنية الإسلامية؛ لأنّها جاءت في القرآن الكريم بموارد عديدة منها:

قوله تعالى: ﴿...صُنْعَ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ أَتْقَنَ كُلَّ شَىْءٍ﴾؛[1]

قوله تعالى: ﴿وَٱصْنَعِ ٱلْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا وَوَحْيِنَا...﴾؛[2]

قوله تعالى: ﴿وَيَصْنَعُ ٱلْفُلْكَ وَكُلَّمَا مَرَّ عَلَيْهِ مَلَأٌ مِّن قَوْمِهِۦ سَخِرُوا۟ مِنْهُ...﴾؛[3]

وقوله تعالى: ﴿وَعَلَّمْنَٰهُ صَنْعَةَ لَبُوسٍ لَّكُمْ لِتُحْصِنَكُم مِّنۢ بَأْسِكُمْ فَهَلْ أَنتُمْ شَٰكِرُونَ﴾.[4]

وغير ذلك من الموارد التي أشارت إلى هذا المعنى، وقد تعارف الناس العمل

---

١. النحل، ٨٨. ٢. هود، ٣٧. ٣. هود، ٣٨.

٤. الأنبياء، ٨٠

بهذا اللون من العقد من غير نكير، إذ لا يخلو عن العمل به زمان ولا مكان، خصوصاً في مجتمع اليوم، حيث الانفجار الهائل في التكنولوجيا والتصنيع في مختلف مجالات الحياة، فهناك منظومات متخصصة بالإنتاج يكفي للشخص أن يعطي ما يريده من مواصفات ليحصل على ذلك بأقل وقت وأيسر طريق، مما يوفر الإيجابيات الكثيرة والجمة لتلك المنظومات من جهة وللشخص من جهةٍ أخرى، وإذا أردنا أن نعبر بالتعبير الفقهي، أي للمستصنع وللصانع، فمن الايجابيات التي يحصل عليها الصانع هي:

١. العلم مسبقاً بعدم كساد سلعته وبيعها بشكل مباشر بعد إتمامها؛

٢. العلم بمقدار الربح بشكل مسبق من دون ان تُترك العملية لتذبذبات السوق؛

٣. عدم تجميد رأس المال، الأمر الذي يؤدي في بعض الأحيان إلى خسارة فادحة لصعوبة تسويق السلع وخصوصاً الكبيرة منها؛

٤. تجنب مصاريف الصيانة والحفظ في حالة كساد السلع.

أما المستصنع، فقد يوفر لنفسه جهداً ووقتاً للبحث عن الشروط والمواصفات التي يرغب بها، وتقدم له الخدمات المجانية من قبل الصانع للتعرف على المواصفات مع الضمانات المعلنة، مما يجنبه صرف الأموال الطائلة للحصول عليها، وغير ذلك من المكاسب التي يحصل عليها بأقل جهد ووقت وبأقل مصاريف، خصوصاً مع تحقق منافسة بين الشركات المصَنّعة في السلع المطلوبة.

هذا ولكن ما هو الغطاء الشرعي الذي يسمح بهذا اللون من العقود، بحيث يصبح ملزماً للطرفين، أي الصانع والمستصنع، ويحفظ حقوق الطرفين من الضياع والهدر.

مشروعية العقد عند أهل العامة

اتفقت أكثر المذاهب السنية على صحة هذا العقد، ولكن اختلفوا في توجبه ذلك، فقد نُقل عن بعض الشافعية والمالكية والحنابلة، على أنهم يعتبرونه نوع من السلم،

ا الحنفية فقد اجمعوا ـ ما عدا زفر ـ على صحة الاستصناع... وأنه ليس سلماً، لا يجب فيه مراعاة أحكام السلم لكن اختلف الحنفية في تكييف هذا التعامل ختلافاً كبيراً، فذهب بعضهم إلى أن الاستصناع مواعدة غير ملزمة للطرفين وليست عاً، لكن عند الفراغ من العمل وتسليم المصنوع إلى المستصنع وقبض الثمن عقد بيعاً بالتعاطي.[١]

فبعد الاتفاق تقريباً على أن الاستصناع عقد عندهم وليس مجرد وعد اختلفوا في ـجيه هذا العقد، فقال بعضهم هو بيع مع ثبوت خيار الرؤية للمشتري أي مستصنع، وقال الآخر هو إجارة ابتداءً بيع انتهاءً لكن قبل التسليم لا بعده، وبعضهم ل هو نوع من البيوع انفرد بأحكام تخصه، وذهب الآخر إلى أنه وعد وليس بيع خلصاً من إشكال عدم صحة بيع المعدوم شرعاً.

وإذا عدنا إلى تخريجات هذه الأقوال نجد أن الذين قالوا بأنه إجارة ابتداءً وبيع نهاءً، سببه أن العمل لم يوجد، فإذا وجد وتم التسليم صار بيعاً فغلبوا جانب العمل، أما الذين قالوا هو بيع ابتداءً مشروط بالعمل، للحاجة وللتعامل به من غير نكير ستثناءً من بيع المعدوم.

أما مجمع الفقه الإسلامي ذهب إلى أنه عقد مستقل، فهو ليس بيعاً؛ لأنّ البيع لا ضمن عملاً، ولا إجارة؛ لأن الإجارة لا تتضمن تقديم أثمان،[٢] وهذا الاختلاف متقدم نجده واضحاً في كلماتهم، فمثلاً يقول أبوبكر بن مسعود الكاساني: إنّ هناك لافاً في معنى الاستصناع هل هو مواعدة أم بيع؟ فقال البعض: هو مواعده، وقال ضهم هو بيع، لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح.[٣]

ويقول الدكتور صالح عوض: وأما الذين قالوا: إنه ليس عقداً ولا بيعاً، فقالوا: إنه لا ـخل في عقد البيع؛ لأنه بيع معدوم حال العقد، ولا يدخل في عقد الإجارة؛ لأنّه

. محمد سليمان الأشقر، بيع المرابحة، ص١٥٢. ٢. المصدرالسابق، ص١٥٤.

. أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج٥، ص٢، ٣.

استئجار على تحصيل عمل في ملك الأجير ولكنه ترك للتعامل به من عهد النبيﷺ وأصحابه عن غير نكير نظراً للحاجة إلى التعامل به.[١]

أما السرخسي في المبسوط فقد قال: إذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستاً أو كوزاً أوانية من أواني النحاس فالقياس انه لا يجوز ذلك؛ لأنّ المستصنع فيه مبيع وهو معدوم، وبيع المعدوم لا يجوز لنهيهﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان، ولكنا نقول، تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك، وتَعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول لقولهﷺ «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».[٢]

ويقول الزيعلي:

> أن الاستصناع ترك القياس فيه، وخص من القواعد الشرعية للتعامل، وأن التعامل جرى به في كل البلاد وبمثله يترك القياس.[٣]

الأدلة الشرعية الخاصة على جواز الاستصناع عند العامة ومناقشتها

الدليل الأول: قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَـٰذَا ٱلْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِى ٱلْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰٓ أَن تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ۝ قَالَ مَا مَكَّنِّى فِيهِ رَبِّى خَيْرٌ فَأَعِينُونِى بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا﴾.[٤]

قال ابن عباس: خرجاً أي أجراً عظيماً.

وجه الدلالة: أنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم السد مقابل مالٍ يعطونه إياه، والظاهر أنهم كانوا يريدون منه أن يعمله بمواد من عنده؛ لأنّهم لم يكونوا يعرفون مم يُصنع، ﴿...لَّا يَكَادُونَ يَفْقَهُونَ قَوْلًا﴾، وهو لم ينكر هذا الصيغة، وقوله ﴿...مَا مَكَّنِّى فِيهِ رَبِّى خَيْرٌ...﴾ ليس اعتراضاً على ذلك، بل هو اقتراح لصيغة أخرى أفضل

---

١. صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص٣٩٥.
٢. السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص١٣٨.
٣. أبو محمد فخر الدين أبو محجن الزبعلي، تبين الحقائق، ج٤، ص١٢٣.
٤. الكهف، ٩٤، ٩٥.

منها ليسرها عليهم بأن يقدموا ما لديهم من إمكانيات «قطع حديدية ونحاس، أيدي عاملة»، ويقدم هو الخبرة التكنولوجية والعمل الفني، وحيث لم يرفض القرآن الطريقة التي اقترحوها ولا أنكرها، فإنها تكون مشروعة في ديننا بناءً على الأصل الذي بيناه أعلاه.[١]

والأصل الذي أشار إليه: هو أن كل فعل أو أمر أو نهي صدر عن أحد وذكر في القرآن فهو حق إلّا إذا نبه القرآن على بطلانه، لأنّ الله تعالى سمى كتابه فرقاناً وهدىً وتبياناً لكل شيء فلا يناسبه أن يذكر عن أحد من الناس ما هو باطل منكر ثم يسكت عن التنبيه على بطلانه، فإن ذلك يُفهم منه رضاه هذا ما استدل به الأشقر في كتابه بيع المرابحة.

وفيه: إنّ عدول ذي القرنيين عن الطريقة التي طرحوها الى طريقة أخرى هو استنكار لهذه الطريقة، بالإضافة إلى أن القضية مبتنية على الظاهر، ولعل مَن يدعي إنّ الظاهر غير ظاهر، هذا مضافاً إلى كونه شرع لمن قبلنا.

الدليل الثاني: أحاديث وردت تقول: إن النبيﷺ اصطنع خاتماً ومنبراً، وقالوا: إنّ النبيﷺ قال لامرأة من الأنصار: مري غلامك النجار يصنع لي أعواداً أجلس عليهن إذا كلمت الناس.

الدليل الثالث: التعامل بهذا العقد بلا نكير، فينبغي أن يكون جائزاً، ويتضمن ذلك التعامل الإجماع عليه عملياً.

هذا ما ذكره أهل العامة من الأدلة على هذا النوع من العقود، ولكن الذي يظهر من كلماتهم أن الدليل الثالث هو الدليل المعتبر والأهم عندهم؛ لأنّهم ذكروا في شروط صحة عقد الاستصناع: أن يكون الشيء المستصنع قد جرى العُرف على التعامل في مثله استصناعاً؛ لأنّ وجه استثناء الاستصناع من بيع المعدوم هو التعارف فما لم يُتعارف على استصناعة يبقى على أصل المنع.[٢]

---

١. محمد سليمان الأشقر، بيع المرابحة، ص١٥٦.
٢. المصدرالسابق، ص١٥٩.

ولهذا نجد الكثير من العلماء تشير كلماتهم إلى أن القاعدة تمنع من العمل بهذا اللون من العقود، ولكن تعامل الناس وتعارفهم العمل به أصل، فيستثنى من تلك القاعدة.

فالعرف الجاري على العمل بعقد الاستصناع هو الذي أكسب هذا العقد قوة بحيث خرَّجه من تلك القاعدة المانعة عن العمل به «وهي بيع ما ليس عند الإنسان» إلى الجواز والعمل به. وبهذا يصرح ابن عابدين بالقول: إذا ورد الدليل عاماً والعُرف خالفه في بعض أفراده... فإن العُرف معتبر إن كان عاماً، فإن العُرف العام يصلح مخصصاً... ويترك به القياس كما صرحوا به في مسألة الاستصناع ودخول الحمام والشرب من السقاء.[1]

وكذلك صرح الدكتور صالح عوض بأن هذا العقد جرى عليه التعامل حيث قال:

> بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير نكير مع أن النص يشمله إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان.[2]

فتعامل الناس وتعارفهم على ذلك هو المسوغ الذي سوغ اعتبار عقد الاستصناع، وليس ذلك بغريب عليهم خصوصاً بعد ثبوت العُرف وتعامل الناس به فيكون حجة، ويتوجب ذلك عندما يُطَّعم بأحاديث مروية مثل حديث «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» وما شابه ذلك.

عقد الاستصناع عند فقهاء الشيعة

لا يخفى على المتتبع أن عقد الاستصناع طرح في كلمات الشيخ الطوسي&#xFDE0;، ولكن بذلك المعنى البسيط آنذاك، وانتهى إلى بطلانه واستدل على البطلان بالإجماع فقال في، كتاب السلم:

---

١. مجموعة رسائل ابن عابدين، ص١١٤.

٢. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص٢١١.

استصناع الخفاف والنعال والأواني من الخشب والصفر والرصاص والحديد لا يجوز، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: يجوز لأنّ الناس قد اتفقوا على ذلك، دليلنا على بطلانه: أنا اجمعنا على أنه لا يجب تسليمها، وأنه بالخيار بين التسليم ورد الثمن، والمشتري لا يلزمه قبضه، فلو كان العقد صحيحاً لما جاز ذلك؛ ولأنّ ذلك مجهول غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بالصفة في الذمة فيجب المنع منه.[١]

أما في المبسوط فقد قال: استصناع الخف والنعل والأواني من خشب أو صفر أو حديد أو رصاص لا يجوز، فإن فعل لم يصح العقد، وكان بالخيار إن شاء سلّمه وإن شاء منعه، فإن سلّمه كان المستصنع بالخيار إن شاء رده وإن شاء قبله.[٢]

فالاستصناع غير جائز لدليلين:

الأول: الإجماع على أنه لا يجب تسليم الشيء المستصنع من قبل البائع، ولا يوجد إلزام للمشتري بالقبض؛

الثاني: مجهولية ذلك الشيء؛ لأنّه غير معلوم بالمعاينة ولا موصوف بالصفة.

وبعد الشيخ الطوسي لم تعنون تلك المسألة بهذا العنوان، ولهذا يقول السيد الهاشمي: لم أجد من تعرض للمسألة بعنوان الاستصناع.[٣]

وناقش السيد الهاشمي ذلك العقد وحاول أن يخرجه على أساس عقد من العقود الملزمة، ولهذا عندما شرع في البحث قال: فيقع البحث في أنه هل يمكن تخريج الاستصناع على أساس عقد من العقود الملزمة ولو في الجملة أم لا يمكن ذلك.[٤]

وذكر صور تخريجاته الخمس وهي:

١. أن يكون الاستصناع عقداً مستقلاً برأسه ملزم للطرفين على حد سائر العقود اللازمة؛

---

١. الشيخ الطوسي، كتاب الخلاف، ج٢، ص٩٣، مسألة ٣٣، كتاب السلم.

٢. الشيخ الطوسى، كتاب المبسوط، ج٢، ص١٩٤.

٣. مجلة فقه أهل البيت، العدد العاشر، السنة الثالثة، قم، بحث منشور بعنوان الاستصناع للسيد محمود الهاشمي، ص٨. ٤. المصدر السابق، ص٩.

٢. أن يكون الاستصناع من أقسام عقد البيع؛

٣. أن يكون الاستصناع من أقسام عقد الاجارة وشبهه كالجعالة؛

٤. أن يكون الاستصناع مركباً من أكثر من عقد؛

٥. أن لا يكون الاستصناع عقداً، بل أمراً بالصنع على وجه الضمان.[١]

وراح يناقش هذه الوجوه بما في جعبته من مبانٍ فلسفيةٍ وفقهيةٍ وغيرها، بالنقض تارة، والإبرام أخرى، وانتهى إلى ما قاله الشيخ الطوسي قال المقرر في مقدمة البحث:

من المسائل التي سلطت عليها الأضواء أخيراً هي مشروعية وصحة عقد الاستصناع، وقد عكس أستاذنا(دام ظله) بهذا الصدد خمس طرق لتكييف عقد الاستصناع فقهياً.. لكنها لم تصمد أمام النقد... وعليه لم يبقَ ثمة وجه للزوم هذا العقد بناءً على رأي الباحث.[٢]

هذا وقال البعض بإمكانية تصحيح ذلك بأنه عقد مركب من بيع وإجارة تارة، وأخرى على أساس أنه سلم.

وهناك من طرح مبنى يمكن على أساسه أن نخرج عقد الاستصناع للوهلة الأولى: والمبنى هو أن المولى له حق مدرك من قبل العقل، ناشئ من ملكيته المطلقة على عبيده، والتي بها لا يحق لهم الاعتراض عليه، ولكن عندما لبس لباس التشريع لم يتعامل معهم على أساس ذلك الحق العقلي الأولي، بل تعامل معهم على أساس أنه مولى عرفي، وأشار إلى ذلك السيد الطباطبائي عندما قال:

أنه تعالى قال: ﴿لِلَّهِ مَا فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَمَا فِى ٱلْأَرْضِ... ﴾، وقال: ﴿لَهُۥ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ... ﴾، وقال: ﴿...لَهُ ٱلْمُلْكُ وَلَهُ ٱلْحَمْدُ... ﴾، فاثبت فيها وفي نظائرها من الآيات الملك لنفسه على العالم بمعنى أنه تعالى، مالك على الإطلاق... ثم إنا نرى أنه تعالى نصّب نفسه في مقام التشريع وجرى في ذلك على ما يجري عليه

---

١. المصدر السابق، ص٩. ٢. المصدر السابق، ص٧.

العقلاء في المجتمع الإنساني من استحسان الحسن والمدح والشكر عليه، واستقباح القبيح والذم عليه.[١]

وقال في موضع آخر:

> إن الله تكلم مع الناس في دعوتهم وإرشادهم بلسان أنفسهم وجرى في مخاطباته إياهم وبياناته لهم مجرى العقول الاجتماعية، وتمسك بالأصول والقوانين الدائرة في عالم العبودية والمولوية.[٢]

فالتعامل الإلهي كان على أساس القوانين العرفية وما سار عليه العقلاء في المجتمع فيكون الأصل في كل قانون عرفي عقلائي سار عليه المجتمع، هو القبول إلّا ما ثبت الردع عنه، وبما أن عقد الاستصناع من العقود التي سار عليها العقلاء وتعارفوها من غير نكير باتفاق الجميع فهو حجة على الطرفين بالنظر العُرفي المعتبر من قبل الشارع.

إن قلت: إنّ هناك عمومات رادعة عن العمل بهذا النوع من العقود منها النبوي المُستفيض، وهو قوله لحكيم بن جزام «لا تبع ما ليس عندك»،[٣] وكذلك «لا بيع إلّا في ما يملك».[٤]

قلت: إن هذه عمومات، والعمومات وحدها غير كافية للردع عن سيرة محكمه عند العُرف والعقلاء، فلابدّ للردع على هذا النوع من السير أن يكون بحجم استحكامه وتعارفه.

وهناك من صحح عقد الاستصناع بإمضاء المعصوم على تلك السيرة المستحكمة كالسيد محمد تقي الحكيم عندما قال:

---

١. محمد حسين الطباطبائي، تفسير الميزان، ج ١، ص٩٦، ٩٧.
٢. المصدر السابق، ج ٢، ص١٧٨، ١٧٩.
٣. سنن الترمذي، ج٣، ص٥٣٤، ح١٢٣٢، باب ١٩.
٤. الأنصاري، المكاسب، كتاب البيع، بيع الفضول.

ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه مثل عقد الاستصناع وعقد الفضولي، وإنما يكتشف منه مثل هذا الحكم بعد إثبات كونه من الأعراف العامة، التي تخطى طابع الزمان والمكان لنستطيع أن نبلغ عصر المعصومين ونمضي بإقرارهم لها لتصبح سنة بالإقرار.[١]

والفرق بين هذا الكلام وذاك المبنى أن ذلك المبنى لا يحتاج إلى التقهقر إلى الوراء وتكلف أصالة الثبات وما شابهها لإثبات الإمضاء، بل الأصل في القوانين العرفية المعمول بها من غير نكير حجة إلّا إذا ثبت الردع، أما ما قاله السيد الحكيم فيحتاج إلى التقهقر والحصول على إمضاء المعصوم.

وكيف كان، فإن عقد الاستصناع من العقود المختلف عليها، فالعامة قالوا بمشروعيته واختلفوا في تكييف ذلك، وأما الخاصة فقد ذهب البعض إلى بطلانه، والآخر إلى جوازه، واختلف هذا الأخير في طريق ذلك. والمهم في ذلك كله أن مدار الارتكاز في هذا العقد هو العُرف المعمول به من دون استثناء خصوصاً إذا لاحظنا عدم وجود طريقة أخرى لهم للعمل بها على خلاف هذا النوع من العقود.

العُرف والاستحسان

قبل الدخول في بحث الاستحسان ومعناه الاصطلاحي لابد من معرفة معناه اللغوي، إذ يراد به لغةٍ: ما يميل إليه الإنسان ويهواه من الصور والمعاني وان كان مستقيماً عند غيره.[٢]

فلا يُشترط أن يكون الشيء حسناً عند الجميع، بل يكفي حسنه في نظر المستحسن فقط.

وأما المعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة، فقد تميز بأمرين:

الأمر الأول: معنى روعيت فيه «تسجيعات الأدباء التي كان يراعي فيها إخضاع

١. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة، ص٤٢٢.

٢. عمر سليمان عبد الله الأشقر، نظرات في أصول الفقه، ص٢٤٣.

المعنى للمحسنات البديعية»[١] ومن الأمثلة على ذلك.

١. الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس؛

٢. الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يُبتلى به الخاص والعام؛

٣. الاستحسان الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة؛

٤. الاستحسان الأخذ بالسماحة وانتقاء ما فيه الراحة.

الأمر الثاني: معنى روعيت فيه الحدود المنطقية بحيث كان التعريف أقرب للواقع ومنها:

١. يقول الحلواني: هو ترك القياس لدليل أقوى منه من كتاب أو سنة أو إجماع؛[٢]

٢. يقول ابن العربي المالكي: الاستحسان ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخص لمعارضة ما يعارضه في مقتضياته؛[٣]

٣. يقول ابن قدامة: المراد به العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة؛[٤]

٤. ويقول أبو الحسين البصري: الاستحسان هو ترك وجه من وجوه الاجتهاد، غير شامل شمول الألفاظ، بوجه أقوى منه يكون كالطارئ عليه.[٥]

والملاحظ المتأمل لكل هذه الحدود لم يجد لها دليلاً مستقلاً برأسه، ولهذا يقول الأشقر: إذا تأملت تعريف العلماء للاستحسان وما قالوه فيه، تبين لك إنه ليس دليلاً مستقلاً، وإنّما هو ترجيح دليل على دليل، فهو منهج في الاجتهاد وليس دليلاً مستقلاً بنفسه.[٦]

ولهذا قال الشوكاني:

---

١. محمد تقي الحكيم، الأُصول العامة في العقه المقارن، ص٣٦١.
٢. المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، ص٤٥٤.
٣. الشاطبي، الموافقات، ج٤، ص١٣٦.
٤. ابن قدامة، روضة الناظر، ص٨٥.
٥. محمد أبي النور زهير، أصول الفقه، ج٤، ص١٩١.
٦. الأشقر، نظرات في أصول الفقه، ص٢٥٣.

إن ذكر الاستحسان في بحث مستقل لا فائدة فيه؛ لأنّه إن كان راجعاً إلى الأدلة المتقدمة فهو تكرار، وإن كان خارجاً عنها، فليس من الشرع في شيء.[١]

وعلى ذلك لا داعي للخوض في النقض والإبرام على ما ذكروه من تعاريف، والذي يهمنا هنا هو ما يستند إليه الاستحسان، وسنفرد له بحثاً مستقلاً؛ لأنّ العُرف له مدخلية في هذا الموضوع من تلك الجهة.

مستند الاستحسان

الذي دعانا إلى إدراج موضوع الاستحسان في بحث العُرف هو أنهم ذكروا لهذا الموضوع مناشيء متعددة، منها العُرف، ولهذا يقول ابن العربي المالكي ذاكراً مستند الاستحسان وحاصراً إياه في أربع: العُرف، والإجماع، والمصلحة، والضرورة.[٢]

أما الكرخي فقد جعل مستند الاستحسان هو «الحديث، قول الصحابة، العادة، القياس».[٣]

ويلّون تغير العُرف، الاستحسان فيتنوع بأنواعه ولهذا قيل بأن هناك استحساناً بالعُرف الشرعي، وآخر بالعُرف العملي، وثالث بالعُرف القولي، أما الاستحسان بالعُرف الشرعي، فقد ذكروا له مثالاً وهو ما إذا: حلف إنسان أن لا يصلي، فإن مقتضى القياس يحنث بمجرد افتتاحه للصلاة، كما قالوا في الصوم، إنّه يحنث بمجرد شروعه فيه، لكن قالوا استحساناً لا يحنث بمجرد الافتتاح بالصلاة، ويحنث إذا صلى ركعة كاملة الأركان من قيام وقراءة وركوع وسجود، لأنّ الصلاة في عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان، فما لم يأتِ بركعة كاملة الأركان لا يسمى فعله صلاة، بخلاف الصوم فإن له ركناً واحداً هو الإمساك، وذلك يتحقق بالشروع فيه، ويكون الجزء الثاني مكرراً للأول.[٤]

---

١. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص ٢٤١.
٢. الشاطبي، الموافقات، ج ٤، ص١٣٦. ٣. الغزالي، المنخول، ص٣٧٥.
٤. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الاسلامي، ص٤٠٢، ٤٠٦.

أما الاستحسان بالعُرف العملي فقالوا: بأنّ بيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة؛ لأنه لم يعتبرهما من الأموال قياساً على هوام الأرض، ولكن الإمام محمدﷺ حكم بماليتهما وصحة بيعهما لجريان التعامل بهما في عرف الناس بيعاً وشراءً، وكذلك عقد الاستصناع ومسألة دخول الحمام والشرب من السقاء.[١]

أما الاستحسان بالعُرف القولي فقد مثلوا له بقول الرجل: والله لا أتكلم، فقرأ القرآن أو سبّح في الصلاة، فالقياس أنه يحنث، ولكنهم قيدوه استحساناً بالعُرف بما عدا ذلك،[٢] فالعرف عدوه من مدارك العمل بالاستحسان، هذا عند أهل العامة.

أما عند الشيعة فلا عبره للموضوع من أصله عندهم، فُيلتمس في كل واحدة من المسائل المذكورة دليلاً آخر، إما مباشر، أو بشكل غير مباشر؛ إذ الاستحسان عندهم غير معتبر، ولم يقتصر هذا الأمر على الشيعة فقط، بل قد نفى الاستحسان جمع من علماء السنة مثل الشافعي، فقد قال: من استحسن فقد شرّع،[٣] والظاهرية أيضاً قد نفوا الاستحسان وعُدوا من نفاته.

العُرف والمصلحة

عُرِّفت المصلحة لغةً بأنّها: الخير والصواب، وهي خلاف الشر والفساد،[٤] وأما اصطلاحاً فقد عُرِّفت بتعاريف كثيرة منها ما قاله الغزّالي: بأنّها عبارة في الأصل عن جلب منفعة أو دفع مضرة... ثم قال: نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: هو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن هذه الأُصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوّت هذه الأُصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة.[٥]

أما الطوفي فقد قال:

---

١. المصدر السابق، ص٤٠٥. ٢. المصدر السابق، ص٤٠٦.

٣. صبحي المحمصاني، فلسفة التشريع الإسلامي، ص١٧٤.

٤. أحمد بن محمد المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ص٥٤٣.

٥. الغزالي، المستصفى، ج١، ص١٤٠.

بأنّها مفعلة من الصلاح، وهو كون الشيء على هيئة كاملة، بحسب ما يرد ذلك الشيء له، كالقلم يكون على هيئة كاملة للكتابة به، والسيف على هيئته الصالحة للضرب به، وأما حدها بحسب العُرف، فهي السبب المؤدي إلى الصلاح والنفع كالتجارة المؤدية إلى الربح، وبحسب الشرع هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع عبادة أو عادة، ويقصد بالعادة ما يقصده الشارع لنفع العباد وانتظام معايشهم وأحوالهم.[١]

أقسام المصلحة

قُسمت المصلحة من قبل العلماء إلى ثلاث أقسام:

١. **المصلحة المعتبرة شرعاً**: أي أن الدليل الشرعي قام على اعتبار هذا النوع من المصلحة، كمصلحة حفظ العقل من الإسكار التي أدت إلى تحريم الخمر.

٢. **المصلحة غير المُعتبرة شرعاً**: وقد قام الدليل الشرعي على إلغاء هذا النوع من المصالح، وإن حوت على بعض المنافع الجزئية الشخصية والدنيوية، فالربا عُرفاً معمول به في الاقتصاد الرأسمالي، لأنه يحقق منفعة لفئة قليلة جداً، ويسبب ضرراً لمجتمع كامل، فألغت الشريعة هذا النوع من التعامل نظراً إلى نتائجه في التخريب الاقتصادي.

٣. **المصلحة المرسلة**: اختلف ابناء العامة في قبول هذا النوع من المصالح وعدمه، فمنهم من نفى ذلك مثل الشافعي وقال: لا استنباط بالاستصلاح: ومن استصلح فقد شرّع كمن استحسن، والاستصلاح كالاستحسان متابعة للهوى.[٢]

أما مالك وأحمد ومن تابعهما قالوا:

إن الاستصلاح طريق شرعي لاستنباط الحكم فيما لا نص فيه ولا إجماع، وان

---

١. رسالة الطوفي منشورة في كتاب مصادر التشريع فيما لا نص فيه للاستاذ عبد الوهاب خلاف، ص٩٣.

٢. عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص له، ص٧٤.

المصلحة المطلقة التي لا يوجد من الشرع ما يدل على اعتبارها، ولا على إلغائها، مصلحة صالحة لئن يبنى عليها الاستنباط.[١]

فالاختلاف بين العامة وقع في القسم الثالث، أي في المصلحة المرسلة وقد تفاوتت تعاريفها عند القوم، فقد عرّفها ابن برهان، وقال: هي ما لا تستند إلى أصل كلي أو جزئي،[٢] وعرّفها الأُستاذ معروف الدواليبي، فقال: الاستصلاح في حقيقته هو نوع من الحكم بالرأي المبني على المصلحة، وذلك في كل مسألة لم يرد في الشريعة نص عليها، ولم يكن لها في الشريعة أمثال تقاس بها، وإنما بني الحكم فيها على ما في الشريعة من قواعد عامة برهنت على أن كل مسألة خرجت عن المصلحة ليست من الشريعة بشيء، وتلك القواعد في مثل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ... ﴾[٣]، وقوله عليه الصلاة والسلام: لا ضرر ولا ضرار.[٤]

الأحكام المترتبة على المصالح

عدّوا ثلاث أنواع من المصالح التي عليها مدار التشريع وهي:

١. **المصالح الضرورية**: وعُرّفت بما تصل الحاجة إليه إلى حد الضرورة،[٥] وعرّفها ابن عاشور بقوله: هي المصالح التي تكون الأُمة بمجموعها وآحادها في ضرورة إلى تحصيلها، بحيث لا يستقيم النظام بإخلالها، أي إذا إنخرمت يؤول حال الأُمة إلى فساد وتلاش.[٦]

فالمصالح الضرورية متضمنة لحفظ مقاصد الشريعة الخمسة، كما يقولون، ولهذا يقول الغزالي: وهذه الأُصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب من المصالح.[٧]

---

١. المصدر السابق.
٢. الشوكاني، إرشاد الفحول، ص٢٤٢.
٣. النحل، ٩٠.
٤. معروف الدواليبي، المدخل إلى أصول الفقه، ص٢٨٤.
٥. السبكي، حاشية البناني على شرح المحلي على متن الجوامع، ج١، ص٢٨٠.
٦. محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ص٧٨.
٧. الغزالي، المستصفى، ج١، ص١٤٠.

٢. المصالح الحاجية: عرّفها الجلال المحلي: بأنّها ما يحتاج إليه، ولا يصل إلى حد الضرورة[١] وقيل بحقها أيضاً: ما يقع في محل الحاجة لا الضرورة[٢] وعرّفها الشاطبي، فقال: معناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة.[٣]

٣. التحسينيات: يقول الشاطبي معناها: الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال والمدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، وتجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق،[٤] وعرّفها الغزّالي بأنها: ما لا يرجع إلى ضرورة ولا حاجة، ولكن يقع موقع التحسين والتزيين والتيسير للمزايا والمزايد.[٥]

أثر العُرف بالمصلحة

وضِعت عدة شروط للمصلحة عند العلماء، فإذا استطاع العُرف أن يحقق تلك الشروط يندرج حينئذ تحت المصالح سواء كانت ضرورية أو حاجية أوتحسينية، ويأخذ حالئذ حكمه من حكمها وهذه الشروط هي:

١. أن تكون حقيقية لا وهمية؛

٢. أن تكون مصلحة عامة لا شخصية؛

٣. أن لا يعارض الأخذ بها نصاً أو إجماعاً.

وأرجع الدكتور صالح عوض، المسائل التي بُنيت على العُرف إلى المصلحة الراجعة إلى كليات الشريعة وقواعدها العامة، واستدلوا بتضمين الصّناع على هذا الموضوع فقالوا: في الصدر الأول للإسلام لم يكن الصّناع يضمنون ما يصنعون إذا ادعوا تلفه، فلما رأى الإمام علي بن أبي طالبﷺ أن الناس لا يستغنون عن الصناع

---

١. السبكي، حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على متن الجوامع، ج٢، ص٢٨١.

٢. إرشاد الفحول، ص٢١٦. ٣. الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٥.

٤. المصدر السابق، ص٦. ٥. الغزالي، المستصفى، ج١، ص١٤٠.

عادة لشدة حاجتهم، وأن من طبيعة عمل الصّناع أن يأخذوا الأمتعة التي يصنعونها بعيداً عن أصحابها، أو ليس من شأن أغلب الصناع أن يحتاطوا في حفظ ما يصنعون، قضى عليﷺ بتضمين الصِّناع ما يدعون تلفه من الأمتعة، إذا لم يقيموا الدليل على تلفه بغير سبب منهم، وقال: لا يصلح الناس إلّا ذاك، وقال مالك في المدونة: وذلك لمصلحة الناس.[١]

وضربوا لذلك أمثلة كثيرة منها تغير أحوال الناس، وندرة تحقق شرط العدالة، وغير ذلك من الأمور التي جعلوها عرفية مبنية على مصالح الشريعة وكلياتها.

أما الدكتور عمر سليمان الأشقر فقد حصر المصالح المرسلة في مجال واحد، فقال: والذي يبدر لي أن مجال العمل في المصالح المرسلة هو المجال الذي سكتت عنه الشريعة الإسلامية، والذي سكتت عنه الشريعة الإسلامية سماه الشارع بالعفو ويدخل فيه المباح، وتنظيم هذا المجال متروك للمسلمين يتصرف فيه عقلاؤهم بما يرون أنه الأصلح أو الأنسب، ومن مجالاته تنظيم المدن وإقامة المؤسسات والمصانع.[٢]

وتدخل أعراف المجتمعات الإسلامية وتقاليدها في دائرة تصرف عقلاء المسلمين بما يرونه الأصلح أو الأنسب.

العُرف وسد الذرائع

الذريعة لغةً: هي الوسيلة التي يتوصل بها إلى الشيء.[٣]

أما اصطلاحاً: فقد اختلفوا في تحديدهم لها، فقال الشاطبي: الذريعة هي التوسل بما هو مصلحة إلى مفسدة.[٤] وعُرّفت أيضاً بما يتوصل به إلى شيء ممنوع مشتمل

---

١. صالح عوض، أثر العرُف في التشريع الإسلامي، ص٤١٠.
٢. عمر سليمان بن عبد الأشقر، نظرات في أصول الفقه، ص٢٣٩.
٣. محمد تقي الحكيم، الأُصول العامة في الفقه المقارن، ص٤٠٧.
٤. الشاطبي، الموافقات، ج٤، ص١٩٩.

على مفسدة.[١] أما ابن القيم فقد قال: الذريعة ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء.[٢]

أما المراد من سد الذرائع كما قال القرافي: هو حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له.

إذن الذريعة هي ما يتوصل بها إلى شيء معين، وبمعنى آخر هي المقدمة التي يتوصل بها إلى الشيء.

أقسام الذرائع

قسّم القرافي الذرائع إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: هو ما أجمعت الأُمة على منعه وسدّه، ومثاله سب الأصنام عند من يُعلم من حاله أنه يسب آلهة الناس أجمعين، قال تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾؛[٣]

القسم الثاني: أجمعت الأُمة على عدم منعه وسدّه، ومثاله المنع من زراعة العنب خشية اتخاذه خمراً، فلم يمنعه أحد لمجرد الظن بذلك؛

القسم الثالث: هو ما اختلف العلماء في سدّه وعدمه، كالبيوع المؤدية إلى الربا، والنظر إلى النساء فهل يحرم؛ لأنه يؤدي إلى الزنا أو لا يحرم؟[٤]

وقسّم ابن القيم الذرائع إلى:

١. الوسائل الموضوعة للإفضاء إلى المفسدة، ومثاله شرب الخمر فإنّه يؤدي إلى الإسكار؛

٢. وسائل موضوعة للأمور المباحة، إلّا أن فاعِلها قصد بها التوصل إلى المفسدة، ومثاله من عقد بيعاً قاصداً به الربا؛

٣. وسائل موضوعة للأمور المباحة، ولم يقصد التوصل بها إلى المفسدة لكنها

---

١. المدخل للفقه الاسلامي، ص٢٦٦.

٢. ابن القيم، اعلام الموقعين، ج٣، ص١٤٧.

٣. الانعام، ١٠٨.

٤. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص٤٢٦، ٤٢٧، بتصرف.

غالباً تؤدي إلى المفسدة، ومفسدتها أرجح من مصلحتها، كسب آلهة المشركين ليسبوا الله عدواً؛

٤. وسائل موضوعة للمباح تؤدي إلى المفسدة، ولكن مصلحتها أرجح من مفسدتها، ومثاله النظر إلى المخطوبة، وكذلك كلمة الحق عند السلطان الجائر.[١]

حجية الذرائع

ادعى بعض العلماء أدلة خاصة للذرائع، تارة من القرآن الكريم، وأخرى من السنة، وثالثة من العقل، بدعوى الملازمة بين حكم الشارع بوجوب أو حرمة شيء، ووجوب أو حرمة وسائله وذرائعه، وناقش العلماء في هذه الأدلة جميعاً بالنقض والإبرام، ونحن إنما أردنا أن ننبه إلى ذلك على نحو الإشارة، وإلّا ليس المكان بحثاً عن حجية الذرائع وما يرتبط بها إلّا بقدر ارتباطها بالعُرف.

أثر العُرف في سد الذرائع

على ما تقدم يمكن القول بأن العُرف إذا أدى إلى مفسدة من المفاسد، يصبح ذريعة من الذرائع تنتهي إلى مفسدة وقف الشارع أمامها وسدّها، فيكون بلحاظ النتيجة غير مُعتبر به شرعاً، وتارة يكون العُرف أمراً مباحاً، ولكن قد يُقصد به التوصل إلى المفسدة وأخرى يكون مباحاً، ولكنه لا يقصد به المفسدة، بل غالباً ما يؤدي إليها، وثالثه مباحاً ويحمل بين جنباته مصلحة ومفسدة ولكن مصلحته أرجح من مفسدته، بكل ذلك يمكن أن يكون العُرف وسيلة أو ذريعة تارة يجب سدّها وأخرى لا يتوفر في سدّها غرض لزومي.

ونحن إذ سقنا الأبحاث المتقدمة كبحث الاستحسان والمصلحة والذرائع لا للإيمان بها، أو عدمها، أو لمناقشة الأدلة القائمة عليها، فهذا أمر موكول إلى علم

---

١. ابن القيم، أعلام الموقعين، ج٢، ص١٤٧، بتصرف.

أصول الفقه، وإنّما قصدنا فقط مدى ارتباط هذه الأبحاث ببحث العُرف ومدى تأثيره فيها وتأثرها فيه.

دور العُرف في نظرية الزمان والمكان

تتطور الحياة الاجتماعية وتنمو بشكل متسارع في كل مجالاتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وقد تتميز فترة من الفترات بنمو مذهل يفوق كل الفترات السابقة، وقد أثبت روجيه غارودي هذه الحقيقة بالنسبة إلى زماننا اليوم في كتابه «منعطف الاشتراكية الكبير».

ومما لا شك فيه أن هذا التطور يرافقه تطوراً في مختلف مجالات الحياة، بحيث يؤثر على شخصية الإنسان، ويمنحه أفكاراً وسلوكيات تختلف عن تلك الأفكار والسلوكيات التي كان عليها قبل ذلك، بل قد يزلزل ذلك التطور الكثير من المسلمات التي أصبحت راسخة بتراكمات الزمن المتسالم عليها.

ومما لا شبه فيه أيضاً، أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة الخاتمة للشرائع السابقة، جاءت بتعاليم وأفكار نظمت حياة الإنسان وجعلته مسايراً لمواكبة ذلك.

وهنا يُطرح هذا السؤال بناءً على ما تقدم كيف نوفق بين الشريعة الثابتة الخاتمة وبين ذلك التطور الهائل؟

وأخذ هذا التساؤل أشكال مختلفة منها، الأصالة والمعاصرة، والثابت والمتغير، اشكالية الحداثة، فكل هذه العناوين ألفاظ متغيرة لنفس المشكلة المتقدمة.

وتصدى العلماء للإجابة على هذه الإشكالية، فاختلفت إجابتهم أيضاً كما هو المفروض أن يكون ذلك؛ لأنّ الإجابة بحد ذاتها تكون خاضعة للزمان والمكان والخزين الفكري الموروث لكل واحد من المتصدين للإجابة، فقد يُجيب الفيلسوف بخلاف الأُصولي، وهذا بخلاف غيره، بل تختلف من مكان إلى آخر، وكذلك من زمان إلى ثاني. فمنهم من حل ذلك بفتح باب الاجتهاد، ومنهم من لجأ

لى العمومات والقواعد الكلية بعدما فرغ من فتح باب الاجتهاد على مذهبه، ومنهم من كان عنده استثناءات الشريعة أكثر من أُصولها وقواعدها عملاً بالضرورات تبيح لمحضورات، ومنهم من تصرف في المواضيع، وليس هدفنا هو نقل كلماتهم في ذلك لما ألف فيه من كتب كثيرة جُمعت في مجلد واحد من قبلِ لجنة نشر آثار الإمام لخميني تحت عنوان «مجموعة مآخذ شناسي فقه زمان ومكان».[1]

والذي يهمنا هنا أن العُرف هل له مدخلية في هذا النقاش الدائر أم لا؟

الجواب: لا إشكال في أهمية العُرف ودخوله هنا؛ لأنَّ معنى تطور الزمان والمكان هو تطور الأعراف والتقاليد التي ترافقه، وهذا التطور ينشئ تطوراً في الأفكار والأنظار حول العديد من المسائل العرفية التي خرجت من دائرة ودخلت في دائرة أخرى، وخلعت لباس تلك الدائرة وارتدت أحكام الثانية، وإذا أردنا أن نمثل لذلك نقول: «التصوير المجسم المنحوت لذوي الأرواح حرام لقول الإمام عليه السلام من مثل مثالاً فقد خرج عن الإسلام، ولكن يختلف حكم التماثيل بحسب ما يراد من صنعها وإيجادها، فهي حرام وصانعها خارج عن الإسلام إذا كان من قصده وهدفه أن يرمز التمثال إلى لخالق الذي ليس كمثله شيء، أو أراد به أن يقرب إلى الله زلفى كأصنام الجاهلية، أو أراد الصانع أن يتشبه بالله وينافسه في خلقه، وما إلى ذلك من المجالات التي تؤدي لى الشرك والوقوع في فخه، وبهذا ينبغي أن نفسر الرواية القائلة «من مثل مثالاً فقد خرج عن الإسلام» وعليه يكون عمل التماثيل جائز حتى ذوات الأرواح إذا قصد بها مجرد الزينة والجمال والمتعة بالمنظر الحسن، أو تخليد الذكر، أو التعبير عن مظهر من مظاهر الحياة، أو الإشارة إلى مجد البلاد وتأريخها وحضارتها، قال سبحانه ﴿يَعْمَلُونَ لَهُۥ مَا يَشَآءُ مِن مَّحَـٰرِيبَ وَتَمَـٰثِيلَ...﴾،[2] وجاء في مكاسب

---

١. متون فقه پژوهی، دفتر أول، فقه زمان ومكان، ج ١، مجلد ٧، كنگره بررسى مبانى فقهى حضرت امام خمينى رحمه الله. ٢. سبأ، ١٣.

الشيخ «لو دعت الحاجة إلى عمل شيء يكون شبيهاً بشيء من خلق الله ولو كان حيواناً فلا بأس قطعاً».

ثم يقول الشيخ مغنية:

> فلا مصدر لفتوى الفقهاء بالتحريم إلّا الاحتياط والخوف من وقوع العامل في ذلك الحقل في فخ الوثنية... إلى أن ما من أحد في هذا العصر ـ باستثناء الكنائس ـ يقدس التماثيل على أنها آلهة شبيهه بالإله.[١]

فقوله: «ما من أحد في هذا العصر» يُشر إلى أن في الزمان السابق كان من عرفهم تقديس التماثيل، أما في الزمان اللاحق فلا يُتعارف ذلك فلا معنى لتحريمها.

ولو تساءلنا عن المساحة التي يتحرك فيها الزمان والمكان داخل مساحة التشريع لأجابنا الشيخ مغنية بالقول: إنّ موضوع العقيدة حقيقة ثابتة في ذاتها، ولا يناط وجوده بأمرٍ أو امتناع، فالله وصفاته واليوم الآخر وجزائه، ومحمدﷺ ورسالته، كل ذلك تشهد له أعلام الوجود... فلا تغير ولا تجديد ولا تعليم ولا تطعيم في العقيدة مهما طال الزمن واختلفت الظروف؛ لأنّ طبيعة الموضوع تأبى ذلك وترفضه، أما العبادة فعلى العكس أي لا عين لها ولا أثر في الخارج، وإنّما يناط وجودها بأمر الشارع فهو مصدرها وبه قوامها، ومن هنا انعقد إجماع الفقهاء على أن العبادة من الأمور التوقيفية وأن الأصل فيها المنع حتى يثبت الإذن من الشرع، أما المعاملات فليس للشارع فيها حقيقة شرعية كالعبادة، ولا هي ثابتة راسخة في نفسها كموضوع العقيدة، وإنّما هي عادات وقواعد عرفية، اصطلح الناس عليها، والتزموا بها في التعاون والتعامل، كالبيع والشراء والرهن والإيجار ونحوه، والشارع أقر بعضها كما هيأ وألغى بعضها من الأساس، وقلّم وطعّم البعض الآخر في نطاق المصلحة وحدود الله وحرامه.[٢]

فالشيخ خص دور الزمان والمكان في مجال المعاملات فقط ولم يعديه إلى

---

١. محمد جواد مغنية، الإسلام بنظره عصرية، ص٩٩، ١٠٠. ٢. المصدر السابق.

المجالات الأخرى، والذي يمكن أن يقال أن للزمان والمكان دوراً كبيراً في فهم المصطلحات والألفاظ بناءً على كون المراد من اللفظ ليس هو خصوص المعنى الموضوع له، بل كل ما يؤدي الغرض، فهنا ينفتح المجال أمام الكثير من الألفاظ التي وردت سواء بالعقيدة أم بالعبادة، ولكن لا يعني هذا بالنسبة للأُصول الثابتة والفروع التي لا تقبل التفسير والتبديل، المنصوص عليها والمؤكدة مرات عديدة، ولخطورة الكلام في هذا الجانب لا يتيسر لأي أحد أن يدلو فيه دلوه إلّا أصحاب الاختصاص من المجتهدين والعلماء الذين وصلوا إلى مرتبة عالية في فهم وهظم مطالب الشريعة ومقاصدها بشكل يسهل الأمر أمام قبول هذه النظرية أو تلك في الأحكام والفروع الشرعية.

لماذا يتحتم على الفقيه معرفة أعراف زمانه؟

يتحتم على فقيه اليوم عندما يُريد أن يتحرك داخل ساحة مسؤولياته، أن يضيف محوراً ثالثاً إلى المحاور التي كان يتعامل بها، ويمكن ان تستكشف تلك المحاور من الآلية التي يعمل بها أو يتحرك باتجاه تحقيقها، فبالإضافة إلى تعامله مع النصوص الشرعية الواردة في الكتاب والسنة ومع المتون الفقهية القديمة عليه أن يتعامل أيضاً مع الواقع المعاش، ولأهمية هذه المحاور وما يترتب عليها من مخاطر جراء التعامل بها، سنتكلم عن كل واحدة منها بشكل مستقل.

المحور الأول: تعامل الفقيه مع الكتاب والسنة

يُحيط النص الوارد في الكتاب والسنة مجموعة من الظروف والشروط التي يوجب على من يتعامل مع تلك النصوص معرفتها، ومعرفة كل ماله مدخلية فيها، فمن الخطأ أن نعزل السلوك المعاصر لعهد التشريع عن ظروفه وخصائصه؛[1] لانّ النص قد نزل

١. محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ص ٣٩٠.

على ذلك الواقع، فقد يكون هناك شرط له مدخلية في عملية النزول، وقد لا يكون فلابدّ من تنقيح ذلك النص، ومعرفة هل للأعراف والتقاليد آنذاك دوراً في ذلك أم لا؟ خصوصاً إذا علمنا أن الشريعة الإسلامية شريعة خالدة، فالتوفيق بين عالميتها ومورد نزولها، لا يتم إلّا بمعرفة عادات وأعراف وتقاليد الأُمة التي نزلت عليها، ومعرفة ماله مدخلية في ذلك من عدمه، وإذا أردنا أن نمثل لذلك نستطيع القول بأن للكتب الفقهية اليوم حواشي متعددة، فإذا أردنا أن نفهم تلك الحواشي بدون تلك المتون، فهذا أمر عسير جداً فكذلك الكتاب والسنة، فهما وان لم يأتيا كحواشي كاملة للحياة العربية، ولكن لها مدخلية كبيرة في فهمهما.

فيجب على كل من أرد التوغل في فهم الشريعة ونصوصها وأحكامها، يتوجب عليه معرفة عادات العرب وتقاليدهم ومداخل لغتهم ومخارجها، بحيث يتسنى له عزل الموارد التي جاءت متسقة مع تلك الأعراف والعادات عن الموارد التي جاءت شاملة عامة لجمع الإنسانية على حدٍ سواء، خصوصاً وان العُرف أُخذ على لسان الفقهاء كمرجع لفهم بعض الأحكام كما جاء ذلك عندما قال الحر العاملي: وقد ذكر بعض علماؤنا: إنّ العادة كانت جارية ومستمرة في المدينة بقبض المهر كله قبل الدخول، وأن هذا الحديث وأمثاله وردت في ذلك الزمان والحديث المذكور هو خاص بالتنازع حول صداق المرأة.[1]

وكذلك في مسألة تشخيص الموضوع. فلابدّ من الرجوع إلى العُرف فيه، يقول الإمام الخميني ﷺ:

> الرجوع إلى العُرف في تشخيص الموضوع والعنوان فصحيح لا محيص عنه، إذا كان الموضوع مأخوذاً في دليل لفظي أو معقد إجماع.[2]

وأكد علماء السنة على ذلك، ولهذا يقول الشاطبي:

---

١. الحر العاملي، وسائل الشيعة، ج١٥، ص١٦.

٢. السيد الخميني، كتاب البيع، ج١، ص٣٨١.

لابد في فهم الشريعة من إتباع معهود الأميين ـ وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم ـ فإذا كان للعرب في لسانهم عرف مستمر، فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة....[١]

وهنا لا نريد تقريب وجهات النظر؛ لأنّ كل فقيه له دليله الخاص، ولكن الذي يهمنا دور وأهمية عادات وتقاليد وأعراف عصر النص في فهم النازل إليهم.

المحور الثاني: تعامل الفقيه مع الكتب الفقهية

هذا هو المجال الثاني الذي يحتاج الفقيه فيه إلى المعرفة الكاملة بالعُرف، ونقصد من العُرف هنا عُرف صاحب المدونة أو الكتاب الفقهي المستدل به؛ لأنّ الفقهاء السابقين رحمة الله تعالى عليهم قد تركوا لنا تراثا فقهياً ثرياً حوى على مختلف المسائل الفقهية، وناقشوا فيه نقضاً وإبراماً، وخرجوا بنتائج في كل المسائل الفقهية التي طرقوها، وبالنظر إلى عظمة أولئك العلماء، نجد أن الكثير من الفقهاء اللاحقين يضعون ذلك التراث نصب أعينهم ويحاول البعض سرد الشواهد منه لتأييد ما توصل إليه بكلمات مَن سبقه، وهذه العملية بحد ذاتها لا تخلو من خطورة؛ لأننا نعلم أن من الأحكام ما هو قطعي غير قابل للتغيير والتبديل، ومنها ما هو خاضع إلى عُرف الفقيه ومحيطة والمؤثرات التي كان يعيشها، خصوصاً وأن هذا النوع من الأحكام لا يوجد النص القطعي الذي لا يقبل التأويل عليه.

فالفقيه اللاحق في تعامله مع مدونة وكتاب الفقيه السابق عليه أن يطّلع على عُرف الفقيه السابق ومحيطه، ومن أمثله ذلك نجد أن صاحب التذكرة استند فيما استند إليه في حرمة بيع عسيب الفحل على أنه غير متقوم،[٢] ولكن السيد الخوئي بعد مدة من الزمن قال في مناقشة ذلك: فلا شبهة في ترتب الغرض المهم على ما في أصلاب الفحول.[٣]

---

١. الشاطبي، الموافقات، ج٢، ص٨٢

٢. السيد الخوئي، مصباح الفقاهة، ج٢، ص٨٣

٣. المصدر السابق، ص٨٣

فما استند إليه صاحب التذكرة كان مدركه فيه العُرف، فمن يتعامل مع التذكرة عليه أن يلتفت إلى ذلك، لأنّ من الواضح أن تغير الفتوى في مثل هذه المسائل المعتمدة على العُرف نابع من تغير الوقت والزمان لا من تغير الحجة والبرهان، ونفس هذا المعنى نجده عند من اعترض على الإمام الخميني في الكثير من المسائل الفقهية والحكومية، واستشهد في اعتراضه المزبور بكلمات القدماء الذين لم يبتلوا بنفس الواقع الذي ابتلى به الإمام الخمينيﷺ، فعندما جردوا الواقع وعزلوه عن فهم النص صار إشكالهم وجيه، ولهذا عندما أجاب الإمام حملت إجابته هذا المعنى فقال:

وبالجملة على الرأي الذي تستنبطه سماحتك ـ المعترض ـ عن الروايات فالحضارة الحديثة يجب أن تزول كلياً عن صفحة الأرض، وعلى الناس أن يقطنوا في الأكواخ، ويعيشوا في الصحاري والأحقاف.[1]

وبحمد الله قد ألتفت فقهاؤنا إلى ذلك، وإن لم يوضع تحت عنوان مستقل كسبيل للتعامل مع الكتب الفقهية القديمة، ولم يقتصر الأمر على علماء الشيعة، بل ألتفت إلى ذلك علماء العامة أيضاً وإن اختلفت طريقة التعبير، ولهذا يقول القرافي: وجميع أبواب الفقه المحمولة على ما إذا تغيرت العادة، تغيرت الأحكام في تلك الأبواب.

وقال أيضاً: فلا يُفتى بما في الكتب من صحته وتفاصيله لانتقال العادة.[2]

المحور الثالث: تعامل الفقيه مع الواقع

ولا يتوقف احتياج الفقيه إلى المجالين المتقدمين، بل يحتاج إلى مجال ثالث وهو فقه الوقائع والأعراف والتقاليد التي يعيش فيها، حتى يستطيع أن يميز بين العُرف الذي له غطاء شرعي والذي ليس له ذلك، فيقر الأول وينفي الثاني، ولم تقف المسألة عند هذا الحد أيضاً، بل قد يختلف نظر الفقيه الواحد إلى الروايات فيما إذا عاش في واقعين

---

١. صحيفة نور، ج ٢٠، ص ٣٤.

٢. أحمد بن إدريس القرافي، الإحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام، ص ٢٣٢ ـ ٢٣٧.

مختلفين، يقول الشهيد مطهري ما حاصله: إن الفقيه الذي نما وترعرع في بلدةٍ مثل طهران، حيث الماء الجاري والعيون والينابيع يختلف نظره في أحكام الطهارات والنجاسات فيما إذا ذهب إلى زيارة بيت الله الحرام سابقاً، حيث لا توجد مثل هذه الإمكانات المتوفرة.

فالفقيه إذا أراد ان يحكم، عليه أن ينظر إلى ظروف الناس وواقعهم، ولهذا نجد اليوم أحكاماً وفتاوى خاصة بالمغتربين، وأخرى للقاطنين في بلدان إسلامية، وهكذا.

وهذا المعنى وجد عند علماء السنة أيضاً، ولهذا يقول ابن القيم:

> من تأمل الشريعة، وقضايا الصحابة وجدها طافحة بهذا، ومن سلك غير هذا أضاع على الناس حقوقهم، ونسبه إلى الشريعة التي بعث الله بها رسوله.[1]

وقال أيضاً:

> الحاكم إذا لم يكن فقيه في الإمارات، ودلائل الحال، كفقهه في كليات الحوادث ضيع الحقوق.[2]

فمن خلال معرفة الواقع، يستطيع الفقيه معرفة الناس وطرقهم في التعامل، مما يساعد على حل مشاكلهم وفق شريعة سيد المرسلين، بحيث لا يدخل ما هو عندهم تحت عنوان «الضرورات تبيح المحضورات»، بل هناك قواعد كلية ترجع إليها تلك الأعراف.

العُرف ومنطقة الفراغ

لكل قانون من القوانين جنبتان، الأولى نصوصية والثانية تطبيقية، وقد لا يتغير المفهوم أو النص من زمان إلى آخر، ولكن وسائل تطبيقه وتفعيله تختلف مما تطبع باختلافها لون ذلك النص وشكله، والتشريع الإسلامي لا يشذ عن ذلك، ففيه

---

١. ابن القيم الجوزية، أعلام الموقعين، ج١، ص٨٨

٢. ابن القيم الجوزية، بدائع الفوائد، ج٣، ص١١٧.

نصوص صالحة للانطباق غير متغيرة، ولكن وسائل تطبيقها تختلف من زمان إلى آخر، أضف إلى ذلك أعراف المطبّق وتقاليده، هذا كله في حالة وجود النص، أما في منطقة الفراغ الخالية من النصوص، يتصرف في ملئها المطبِق (بالكسر) وفقاً للروح العامة التي استلها من نصوص التشريع ومحتوياته، والمطبِق هنا هو الفقيه فتدخل أعرافه ومحيطه ووقته وبيئته.

وتشكل هذه المنطقة خطورة كبيرة جداً على التشريع بالكامل، لنسبة تلك الأفكار والنظريات فيها إلى الشارع، فعلى الفقيه الذي يحتل منصب الأولوية في ملئ تلك المنطقة، أن يكون حذراً جداً من استلهام تلك الأفكار، وأن يميز بين ما فرضه الواقع عليه وبين ما تقتضيه الشريعة، ولم تكن هذه العملية سهلة؛ لأنّ الشباك المنصوبة عديدة قد يقع فيها الفقيه، وأهم شباك هذه العملية هو عرف الفقيه وزمانه، فإذا استطاع أن ينسب الوقائع إلى أُصولها وقواعدها، فقد نجح في المهمة، خصوصاً وأن القواعد والنصوص التي يستلهم منها الفقيه أفكاره لملئ المنطقة قد ضربت جذورها في أعماق التاريخ، وسنذكر في هذا البحث خلاصة لما قدمه الشهيد الصدر من التأثيرات التي تعرقل عمل الفقيه، وسنبيّن مدخلية العُرف فيها، حيث ذكر السيد الشهيد عدة أمور مهمة في هذا المجال منها:

١. تبرير الواقع

يتعامل الفقيه كما يتعامل باقي الناس، ويتعارف ما يتعارفونه من معاملات وقوانين اجتماعية، تحكمه وتحكمهم، وقد يصل الأمر بالمجتمع أن يجعل العُرف قانوناً لا يمكن الحياد عنه، وهذا الأمر تشتد خطورته إذا آمّن الفقيه به واستسلم إليه، بل وحاول التنظير له، من خلال لوي أعناق النصوص لموافقته، وضرب لنا السيد الشهيد مثلاً على ذلك، فلو أن فقيهاً نما وترعرع في بيئةٍ تقر الربا والفائدة، بحيث أصبح عندهم عُرفاً يتعاملون به في القرض والاقتراض، وتوجد في الشريعة نصوص تحرم

الربا والفائدة، ولم تكن تلك النصوص بديهية بحيث لا تحتاج إلى جمع وفذلكة كي تخرج بنتيجة حول هذا الموضوع، فإذا ما تأثر صاحبنا بالواقع الذي يتعامل به فسوف يخرج بنتيجة تقر الربا بشرط ان لا يكون اضعافاً مضاعفة، ودليله معه، حيث يقول قال الله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُواْ ٱلرِّبَوٰٓاْ أَضْعَـٰفًا مُّضَـٰعَفَةً وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾،[1] ومفهوم ذلك إنّ الربا إذا لم يكن أضعافاً مضاعفة فلا بأس به، أما إذا تجرد الفقيه من ذلك فسوف لا يحكم بذلك خصوصاً عندما يجمع ذلك النص مع النص الثاني القائل ﴿...وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَٰلِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾،[2] فلكل طرف رأس ماله الخاص، ولا توجد زيادة قليلة كانت أو كثيرة، وصاحبنا الذي حكم بإقرار تلك الزيادة القليلة قد تأثر بأعرافه وتقاليد مجتمعه، وأخضع الواقع التشريعي إلى الواقع التطبيقي المتداول في عرفه، وهذا المثال وإن كان أوضح من أن يخفى على فقيه لتوافر نصوصه الصريحة ولكن هناك من الأمثلة الكثيرة التي تكون نصوصها ضمن المجموع للأدلة لا بشكل انفرادي فلابد من الحذر من تلك الأعراف، ومعرفة النصوص المعارضة لها، والحكم بشكل مستقل بحيث يكون قادر على أن يعطي للعُرف حقه، فلا يلغيه إذا لم يعارض نصوص الشريعة ولا يقر به إذا عارضها.

٢. دمج النص ضمن إطار خاص

خص السيد الشهيد هذا الإطار بالإطار الفكري غير الإسلامي، أي الأفكار والنظريات غير الإسلامية السائدة والمتعارفة في المجتمعات الإسلامية، ولكن هذا الحصر يمكن فكه وتعميمه إلى اكثر من ذلك كما سنوضح في آخر هذا البحث، ولنترك الكلام للسيد الشهيد عن ذلك، يقول﵀:

أهُملت نصوص تحد من سلطة المالك، وتسمح أحياناً بانتزاع الأرض منه، وفضل عليها غيرها، لمجرد أن تلك النصوص لا تتفق مع الإطار الخاص الذي يشح

---

١. آل عمران، ١٣٠. ٢. البقرة، ٢٧٩.

بتقديس الملكية الخاصة بدرجة يجعلها فوق سائر الاعتبارات، وقد كتب فقيه معلقاً على النص القائل: بأن الأرض إذا لم يعمِّرها صاحبها أخذها منه ولي الأمر واستثمرها لحساب الأُمة «إن الأولى عندي يترك العمل بهذه الرواية، فإنها تخالف الأُصول والأدلة العقلية» وهو يعني بالأدلة العقلية: الأفكار التي تؤكد قدسية الملكية، بالرغم من أن قدسية الملكية ودرجة هذه القدسية يجب أن تؤخذ من الشريعة، وأما حين تقرر بشكل مسبق، وبصورة تتيح لها أن تتحكم في فهم النص التشريعي.... فهذا معنى الاستنباط في إطار فكري مستعار.[١]

وكذلك تحدث السيد الشهيد عن بعض الإطارات الفكرية الخاصة التي تؤثر على فهم النص، وهو الإطار اللغوي، خصوصاً إذا كانت الألفاظ لها معاني متطورة عبر الزمن، فالفقيه يفهم الكلمة التي تدل على معنى في واقعه وليس في تأريخها.

ونضيف هنا إلى الإطار الفكري غير الإسلامي المبنى العام للفقيه، إذ لكل فقيه مبنى معين يبني عليه دراساته في الفقه والأُصول، يؤثر ذلك على استنتاجاته، فهو يحاول أن ينتصر لمبناه ويؤول كثير من النصوص الصريحة التي خالفته، فكثيراً ما نجد في الاستدلالات مخالفة العقلاء في كثير من الأمور لمجرد مخالفتهم للمبنى العام في مسألة من المسائل، فيجب على الفقيه أن يستل مبناه من الشريعة السمحاء وأهدافها ومصالحها وأفكارها بحيث لا يخالف نصوصها، ويتجنب أعرافه ومتبنياته المسبقة.

٣. تجريد الدليل الشرعي من ظروفه وشروطه

حصر السيد الشهيد﴿ره﴾ هذا المورد في مجال خاص وهو التقرير، والتقرير هو سكوت المعصوم عن عمل معين في زمانه، مما يُستكشف منه رضاه بذلك العمل، وبالتالي

---

١. الشهيد محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ص٣٨٣، ٣٨٤.

جوازه في الشريعة، وتقرير المعصوم يجب أن لا يؤخذ بشكل مطلق، بحيث يُجرد السلوك أو العمل الذي أقره المعصوم عن ظروفه وشروطه، وبمعنى آخر لابدّ من ملاحظة العُرف في زمن السلوك ومدى تأثيره في ذلك العمل، ولا يمكن تجريده رأساً والامتداد به إلى زماننا هذا فمثلاً أن يقال إن شرب الفقاع في الإسلام جائز، بدليل أن فلاناً حين مرض على عهد النبيﷺ شرب الفقاع، ولم ينه النبيﷺ عن ذلك، كان لك أن تقول إن دليل التقرير هذا وحده لا يكفي دليلاً على سماح الإسلام بشرب الفقاع لكل فرد ولو كان سليماً... فمن الخطأ أن نعزل السلوك المعاصر لعهد التشريع عن ظروفه وخصائصه.[1] ويمكن فك حصر هذا المورد على التقرير فقط ليشمل حتى النصوص الوارد. فمثلاً حديث رسول اللهﷺ «الفرار من الطاعون كالفرار من الزحف».[2] فلو جردنا هذا الحديث عن ظروفه لأصبح الفار من الطاعون كالفارمن الزحف، ولكن الإمام الصادقؑ ذكر ظروف هذا الحديث بقوله: هذا في قوم كانوا يكونون في الثغور في نحو العدو فيقع الطاعون يخلون أماكنهم ويفرون منها، فقال رسول اللهﷺ ذلك فيهم.[3] وبهذا قال الفقهاء إن هذا مختص بمن كان في ثغر من الثغور.

إذ لابدّ للفقيه أن يملئ تلك المنطقة من خلال الإحاطة بمرادات الشارع وأهدافه وأن يتجرد من كل اللوابس الدخيلة من طريق العادة والتقليد والعُرف وما شابه ذلك، فالعُرف سلاح ذو حدين:

الأول: عدم التسليم لكل ما يسود ويقلد ويتعارف عليه في مجتمع من المجتمعات، فلابدّ من التريث والتروي قبل الحكم أو القضاء؛

الثاني: محاولة إرجاع ما لم يتعارض مع النصوص الصريحة أو غيرها إلى

---

١. الشهيد محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ص٣٩٠.

٢. الشيخ الصدوق، معاني الأخبار، ص٢٥٤.

٣. وسائل الشيعة، ج٢، ص٤٣٠.

قواعدها الكلية من خلال لملمة الجزئيات ودرجها ضمن قاعدة أو بناء فوقي متلقى من الشارع، بحيث يسهل على الناس التعامل مع أعرافهم وتقاليدهم ولا يجرهم إلى مصادمة الشريعة، وبعبارة أخرى إبراز الشريعة بوجههاالسمح لمكلفيها.

العُرف والإجماع

ورد الإجماع في اللغة على بمعنيين:

الأول: العزم والتصميم؛

الثاني: الاتفاق.

أما المعنى الأول فقد ورد في كتاب الله عزّ وجلّ: ﴿...فَأَجْمِعُوٓاْ أَمْرَكُمْ وَشُرَكَآءَكُمْ... ﴾.[١]

وقال تعالى: ﴿فَأَجْمِعُواكَيْدَكُمْ ثُمَّ ٱئْتُوا صَفًّا وَقَدْ أَفْلَحَ ٱلْيَوْمَ مَنِ ٱسْتَعْلَىٰ ﴾.[٢]

وقال عز من قال: ﴿...وَأَجْمَعُوٓاْ أَن يَجْعَلُوهُ فِى غَيَـٰبَتِ ٱلْجُبِّ... ﴾.[٣]

وجاء هذا المعنى في الحديث النبوي الشريف «مَن لم يُجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له».[٤]

واما المعنى الثاني فقد ورد في الحديث النبوي الشريف «لا تجتمع أُمتي على ضلالة»،[٥] ووقع خلاف في كون المعنى الأول حقيقي والثاني مجازي أو بالعكس، وورد النقض والإبرام الذي لا مدخلية لبحثنا فيه.

والمهم في هذا البحث هل يمكن عد الإجماع دليلاً على العُرف أم لا؟ ولا يسهل لنا معرفة ذلك إلّا بعد معرفة حقيقة الإجماع ومدخليته في الشريعة، فهل هو أَصل في مقابل الأُصول الأُخرى حتى يمكن عَدَه دليلاً على العُرف أم هو حكاية عن تلك

---

١. يونس، ٧١. ٢. طه، ٦٤. ٣. يوسف، ١٥.

٤. ابن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، ج١، ص٥٤٨.

٥. المازندراني، شرح أصول الكافي، ج٢، ص٣٤٠.

الأُصول؟ أما بالنسبة للإمامية فلا يوجد تردد في عدم اعتباره أصلاً؛ لأنّه في الحقيقة عندهم كاشفاً عن رأَي المعصوم وقوله، وليس له استقلالية في الحكم الشرعي يقول الشيخ المظفر:

> أما الإمامية فقد جعلوه أيضاً أحد الأدلة على الحكم الشرعي ولكن من ناحية شكلية واسمية فقط... أي أنهم لا يعتبرونه دليلاً مستقلاً في مقابل الكتاب والسنة، بل إنما يعتبرونه إذا كان كاشفاً عن السنة، أي عن قول المعصوم، فالحجية والعصمة ليستا للإجماع، بل الحجة في الحقيقة هو قول المعصوم الذي يكشف عنه الإجماع عندما تكون له أهلية هذا الكشف.[١]

فالإجماع ليست له استقلالية فيما يتعلق بالحكم الشرعي، وبالنتيجة لا يمكن عده دليلاً على العُرف.

والظاهر من المدرسة السنية أيضاً أن الإجماع هو حاكي وليس مستقل فيمايتعلق بالحكم الشرعي يقول الخضري: لا ينعقد الإجماع إلّا عن مستند.[٢]

ولكن البعض لم يشترط المستند كما جاء عن الآمدي وغيره: أنه لا يشترط المستند، بل يجوز صدوره عن توفيق، بأن يوفقهم الله تعالىلاختيار الصواب.[٣]

فمن لم يشترط المستند واعتبر الإجماع السكوتي على فعل من الأفعال مع مشاهدة أهل الإجماع لذلك الفعل، وعدم الإنكار عليه أو ممارسة ذلك الفعل، والدخول مع الناس فيه، كان هذا النوع من الإجماع دليلاً على العُرف، خصوصاً وأن الإجماع في التعريف عندهم هو: اتفاق المجتهدين في القول أو الفعل أو الاعتقاد.[٤]

فالإجماع السكوتي هو الذي يسوغ دليلية هذا النوع من الإجماع على الأعراف السائدة بالإضافة إلى الإجماع العملي.

---

١. الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، ص٣٥١.

٢. السيد محمد تقي الحكيم، الأُصول العامة، ٢٥٦.

٣. صدر السابق.

٤. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص١٨٥.

ولابدّ من الإشارة هنا إلى أن الإجماع السكوتي حجّة عند أكثر الحنفية، وأما الشافعي فقد أنكر الإجماع السكوتي في غير الأمر المتكرر، أما الأمر المتكرر ويتكرر معه السكوت فهو حجّة،[١] وقد ضربوا لذلك أمثلة مثل القراض عندهم أي المضاربة، ودخول الحمام مع جهالة مقدار المكث، ومقدار الماء المستعمل، والاستصناع ما شابه ذلك.

الفرق بين العُرف والإجماع

هناك عدة فروق بينهما يمكن إجمالها بالتالي:

أولاً: العُرف أمر عملي وسيرة جارية بين الناس، بخلاف الإجماع الذي هو اتفاق قولي وليس سيرة وإن عُد في بعض الأحيان اتفاق سكوتي من خلال العمل والدخول فيه ومشاركة الناس في بعض الأحيان؛

ثانياً: العُرف يحدث بتوافق مختلف طبقات المجتمع من دون تمييز بين العوام والخواص، أما الإجماع فهو لخاصة مجتهدي الأُمة وإن خالف البعض وعده اتفاق أمة محمدﷺ على أمر لتسويغ أمرٍ قد وقع؛

ثالثاً: العُرف يحتاج إلى تكرار الممارسة مراراً بحيث تنشأ صفة الإلزام من خلال هذا التكرار، أما الإجماع هو الاتفاق على شيء من دون اعتبار التكرار فيه؛

رابعاً: لا تؤثر عدم موافقة وعمل القليل من الناس على اعتبار العُرف مادامت الأغلبية تعترف به وتعمل على وفق مضمونه، بخلاف الإجماع الذي لا ينعقد بخلاف البعض حتى لو كان قليلاً، نعم إلّا أن نقول بحجية إجماع الكثرة أو الأغلبية؛

خامساً: الإجماع يكشف عن مستند كما تقدم، أما العُرف يكشف عن حاجات ومصالح ولا علاقة له بوجود مستند أم لا؛

---

١. المصدر السابق.

سادساً: الإجماع لا يمكن أن يتحقق على أمرٍ فاسد خصوصاً وأنه كاشف عن مستند شرعي، أما العُرف فصحة تقسيمه إلى الفاسد وغيره تكفي في تحقق الفاسد منه؛

سابعاً: الإجماع لجميع المكلفين لكاشفيته عن المستند أو عن دخول المعصوم فيه، أما العُرف قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً لا يلزم البعض به، بل حتى العام قد يصرح باشتراط خلافه فلا عبره به.

العُرف الشرعي

على الرغم من انعدام الكتابة تقريباً في هذا النوع من العُرف؛ إذ لم نجد هناك بحثاً مستقلاً بهذا العنوان عند الطرفين، لكن هذا لا يعني أن المورد غير قابل للبحث والفرز، خصوصاً إذا علمنا أن في كتابات البعض نجد تعابير تشير إلى أن العُرف الشرعي هو الحقيقة الشرعية وبعضها يشير إلى أن العُرف الشرعي هو الحكم الشرعي، وبعضها يقول أنه سيرة المتشرعة، وهناك فرق واضح بين هذه العناوين الثلاثة، فيا ترى ما هو الجامع لذلك؟

وكمثال على من أطلق العُرف الشرعي على الحكم الشرعي هو الدكتور صالح عوض عندما قال:

> العُرف الشرعي هو ما كلّف به الشرع وأمر به ايجاباً أو ندباً، أو نهى عنه كراهة أو تحريماً، أو أذن فيه فعلاً أو تركاً.[1]

ومن حمل العُرف على الحقيقة الشرعية هو ما نقله الشيخ ولي قوته عن ابن نجيم فقال: أفرد العلامة ابن نجيمﷺ فيما نقله عن السراج الهندي في شرحه للمغني في أصول الفقه، نوعاً خاصاً وسَمَهُ بالعادة الشرعية والعُرف الشرعي، وهو يريد منقولات

---

١. المصدر السابق، ص٩٥.

الشارع من الوضع اللغوي والتي أمست باستعمال الشرع لها حقيقة شرعية أو عرفاً شرعياً كالصلاة.[١]

وكذلك جعل التبريزي العُرف الشرعي هو الحقيقة الشرعية، كما نقل ذلك القرافي في نفائس الأُصول فقال:

> ومن الدليل على العُرف الشرعي قوله عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة، وقوله في الصلاة ونحوها تحريمها التكبير وتحليلها التسليم، وقوله الذكاة ما انهمر الدم وفرى الأوداج، حمل هذه على المسمى اللغوي يفسد الكلام ويصيره خلقاً، فتعين الشرعي.[٢]

ومن حمل العُرف الشرعي على سيرة المتشرعة، ما جاء في الذريعة في أصول الشيعة، فقال:

> وكذلك نقول في اللفظ الذي يذهب الفقهاء إلى أنه موضوع للاستغراق والاستيعاب في اللغة ونذهب نحن إلى إشتراكه فنذهب إلى أن العُرف الشرعي قرر ومهد حمل هذه الألفاظ إذا وردت عن الله تعالى أو عن رسول الله ﷺ مع الإطلاق والتجريد على الاستغراق.[٣]

وإذا أردنا أن نجمع بين هذه العناوين في جامع مشترك نقول أن كل ما يرجع إلى الشرع ويكون مختصاً به بالواسطة أو بدونها يسمى عرفاً شرعياً، فالحكم الشرعي هو بيد الشارع وضعاً ورفعاً وكذلك الحقيقة الشرعية، وأما سيرة المتشرعة فهي تكشف عن الحكم الشرعي، يقول الشهيد الصدر في خصوص السيرة وكاشفيتها: «إن سيرتهم تكشف عن الحكم الشرعي...».[٤]

---

١. ولي قوته، العُرف حجيته وأثره، ج١، ص٢٦٣.

٢. نفائس الأُصول لشرح المحصول، مخطوط، ج١، ك٢٠ نقلاً عن أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص٩٥.

٣. السيد المرتضى، الذريعة في أصول الشيعة، ج١، ص٥٣.

٤. السيد كاظم الحائري، مباحث الأُصول، ج٢، القسم الثاني، ص١٠٠.

إذن العُرف الشرعي هو كل ما يرجع إلى الشارع اياً كان سببة بشرط صحة تلك النسبة إليه سواء كان حكماً شرعياً، أو حقيقة شرعية، أو سيرة متشرعة.

هل العُرف قاعدة فقهية؟

اختلف الفريقان السنة والشيعة في ذلك، فقد عَمل أبناء العامة بقاعدة العادة محكّمة، وغيرها من القواعد التي بنيت على العُرف بخلاف الإمامية، وسر هذا الاختلاف أن الإمامية جعلوا القاعدة الفقهية حكم شرعي، والعُرف لم يعتبروا به، واعتمادهم على القواعد العُرفية لا يشذ عن المبنى، بل استكشفوا من هذه القواعد التي سميت في الكثير منها بالسيرة رأي المعصوم، عندما تقهقروا بها إلى الوراء بمجموعة من القواعد كقاعدة عدم النقل، وقاعدة الثبات إلى عصر المعصوم وحصلوا على إمضائه، فاعتبارهم لتلك القواعد بعد موافقة الشارع عليها، فحافظوا بذلك على كون القاعدة الفقهية حكم شرعي وإن كانت عرفية، أما أبناء العامة لم يتكلفوا هذه المؤنة واعتبروا بالقواعد العرفية، وان ارجعوها في بعض الحالات إلى العمومات التي جاءت عن رسول الله ﷺ كحديث لا يجتمع امتي وغيرها، ومن القواعد التي عملوا بها هي قاعدة «العادة محكّمة» ورادفتها بالألفاظ قاعدة: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها»، وهناك قواعد أخرى عبّرت تارة عن العُرف اللفظي، وأخرى عن العُرف العملي، وثالثة عن العُرف الخاص.

أما القواعد التي عبرت عن العُرف اللفظي فهي:

١. الحقيقة تترك بدلالة الخطاب؛

٢. الكتاب كالخطاب؛

٣. الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.

وأما تلك التي عبرت عن العُرف العملي فهي:

١. المعروف عُرفاً كالمشروط شرطاً؛

٢. التعيين بالعُرف كالتعيين بالنص.

وأما قواعد العُرف الخاص فهي قاعدة «المعروف بين التجّار كالمشروط بينهم»، وترجع هذه تقريباً إلى قاعدة العُرف العملي وهي «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً».

وهناك قواعد أخرى ذُكرت للعُرف والعادة، ذكرناها بين طيات هذا البحث ولا نعيدها بالشرح هنا تجنباً للتكرار، نعم لا بأس بالإشارة إليها وهي:

١. إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت؛

٢. العبرة بالغالب الشائع لا النادر؛

٣. لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان؛

٤. العُرف في الشرع له اعتبار؛

٥. الثابت بالعرف كالثابت بالنص.

رأي ومناقشة

جعل بعض المشايخ العُرف نظرية عامة فقهية ميّز بينها وبين القاعدة الفقهية فقال:

> إنّ النظرية العامة هي المباحث المرتبطة ببعض الموضوعات الرائجة في الأبواب المختلفة من الفقه والداخلة في كثير من الفروعات المتشتتة المتفرقة، وتكون كالمبنى والأساس للمباحث الآخر، كالبحث عن العُرف وتعريفه ومدى دخالته في الأحكام.[١]

وهذا الكلام لا يمكن قبوله على إجماله؛ إذ لا فرق بين القاعدة الفقهية وبين النظرية العامة التي تدخل في مختلف أبواب الفقه، فقد تدخل القاعدة كذلك كقاعدة «ما لا يضمن» وغيرها من القواعد، نعم إذا كان المراد من النظرية العامة هي ما تدخل في الفقه وفي غيره من العلوم الإنسانية مثلاً، ستكون أجنبية بذلك عن القاعدة الفقهية المختصة بالفقه فقط، فالعُرف مثلاً نستطيع أن نطلق عليه بالنظرية؛ لأنّ الاستدلال به

---

١. اللنكراني، القواعد الفقهية، ج ١، ص ١٤.

لا يختص بالعلوم الشرعية بل كثير من العلوم يدخل فيها ويؤثر على نتائجها كالبحوث الخاصة بالقانون مثلاً، وغيرها من البحوث الاجتماعية والاقتصادية، فإذا كان ذلك كذلك يمكن التمييز بهذا المميز بين القاعدة الفقهية والنظرية العامة.

ثم قال في مقام التمييز بينها: قد تكون النظرية العامة على عدة قواعد من قواعد الفقه كنظرية العُرف فإنها مشتملة على قاعدة العادة محكمة وقاعدة استعمال الناس حجّة يجب العمل به.[1]

وهذا الكلام أيضاً يحتاج إلى وقفه؛ لأنّ قاعدة «العادة» محكّمة هي مرادفة تماماً لقاعدة «استعمال الناس حجّة يجب العمل بها» كما قيل.

بل ذهب الكثير إلى أن العُرف لا ينتج إلّا قاعدة واحدة وهي «العادة محكّمة» وباقي القواعد متفرعة عنها وليس قبالها.

---

١. المصدر السابق.

٧
النظريات الأُصولية للعُرف

لعلنا تسامحنا كثيراً في درج هذا الفصل بعنوان (النـظريات) لقـلة الكـتابات حـول مرجعية العُرف، بحيث كادت أن تنعدم إلّا نزر قليل، نعم وجدت نظريات من قـبل الفقهاء حول هذا الموضوع بُحثت استطراداً لا أصالة، ولكن للأمانة العملية نقول: إن القسم التطبيقي لهذه المرجعية أمتاز بالوفرة بحيث يحتار الباحث في اصطياد ما ينفعه منها، فكان هذا القسم كالمد الذي داهم عابر البحر زمن الجزر، ونحن هـنا سـنذكر تلك النظريات كبناء علوي لتلك الجزئيات، والنظريات المطروحة هي:

النظرية الأولى: العُرف مرجع في تحديد المفاهيم فقط؛

النظرية الثانية: العُرف مرجع في تحديد المفهوم وتطبيقه.

أما الأولى فلم يتخلف أحد في تطبيقها، بل هي القدر المتيقن عند الجميع، وأما الثانية فقد ذهب إليها بعض علماء الإمامية قدس الله أسرارهم، وسنتكلم عن هـذه النظريات بشيء من التفصيل.

١. مرجعية العُرف في تحديد المفاهيم

إذا كان لبعض المواضيع حقيقة شرعية فلا يأتي دور العُرف لاستكشاف حـدودها، ولا حجية لرأيه هنا أبداً، نعم إذا لم يكن للشرع حقيقة في تحديد الموضوع ومعرفة

أبعاد مفهومه يأتي دور هذه النظرية التي وجدت في كلمات المتقدمين على الشيخ الخراساني، ولكنه أول من صاغ ألفاظها وطرحها بعنوان مرجعية العُرف في تحديد المفهوم بشكل استطرادي في بحث المشتق الذي يعتبر من البحوث الأصولية المعقدة؛ لكثرة تفريعاته وتشقيقاته التي جادت بها قريحة الأصوليين بحثاً عن الفائدة تارة، وعن استعراض المقدرة العقلية أخرى.

ويمكن القول بأن هذه النظرية نبعت عند الآخوند من تعريف المشتق الذي قيل عنه: بأنه خصوص ما يجري منها على الذات مما يكون مفهومه منتزعاً عن الذات بملاحظة اتصافها بالمبدأ أو اتحادها معه بنحو من الاتحاد كان بنحو الحلول أو الانتزاع أو الصدور أو الإيجاد.[١]

وحتَّم هذا التعريف على القائلين به الالتزام بقيام المبدأ بالذات مع المغايرة بينها.[٢]

مما سبب ذلك بروز مشكلة على صعيد إطلاق الصفات الذاتية على الله تعالى تبلورت في جهتين:

الأولى: كيفية التوفيق بين كون المشتق عبارة عن تغاير المبدأ مع الذات وبين اتحاد صفاته تعالى مع ذاته المقدسة؛

الثانية: المشتق عبارة عن قيام المبدأ بالذات، وهذا يقتضي الأثنينية بينهما وفرض اتحاده مع الذات ـ كما في صفاته تعالى ـ يستلزم تلبس الشيء بذاته، أو قيام الشيء بنفسه، وهو محال، مضافاً إلى انتفاء الاثنينية على هذا التقدير.[٣]

فلابد من كهف للتفصي عن هذه المشكلة خصوصاً بعد الإيمان بعينية الصفات للذات، بخلاف الأشاعرة الذين آمنوا بالقدماء، فوجدت هنا عدة تخريجات لذلك:

الأول: ما ذهب إليه صاحب الفصول.إذا التجأ للبنية اللغوية للتفصي من المشكلة، وقال بالنقل والتجوز عند إطلاق هذه الصفات عليه تعالى، وأشكل عليه باشكالات

---

١. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول، ص٣٨.
٢. الفصول، ص٦٢ التنبية الثالث من تنبيهات المشتق.
٣. مصباح الأصول، ص١٧٤.

كثيرة نقضاً وإبراماً يخرجنا سردها عن البحث الذي التزمنا فيه بحث ما يخصه فقط، ومن أراد الاستزادة فليراجع الفصول وغيرها من المطولات في مكانها؛

الثانية: ما ذهب إليه الآخوند الخراساني﵀، إذ التجأ إلى التحليلات العقلية المعهودة منه والقادرة على لوي عناق البنية اللغوية لخدمة المراد إثباته، وصرح بقيام الصفات الإلهية فيه تعالى على نحو الحقيقة مما أجبره ذلك على اللجوء إلى العقل ليحلل لنا أنواع القيام، ويوجد لنا ما يلائم إطلاق الصفات على الحق تعالى من تلك الأنواع. ولنذهب معه﵀ لمعرفة أنحاء القيام والتي هي:

النحو الأول: قيام المبدأ بالذات على نحو الحلول مثل زيد عالم، فالعلم قام بالذات على نحو حل بها؛

النحو الثاني: قيام المبدأ بالذات على نحو الصدور مثل زيد ضارب، فالضرب قائم بالذات لكنه على نحو الصدور؛

النحو الثالث: قيام المبدأ بالذات بمعنى الوقوع عليه، مثل زيد مضروب أي واقع عليه الضرب؛

النحو الخامس: القيام بنحو الانتزاع من الذات ولكن المبدأ متحد مع الذات خارجاً وإن غايره مفهوماً، مثل الله عالم أو قادر...؛

النحو السادس: انتزاع المبدأ من الذات ولكن لا يوجد خارجاً إلّا الذات كالمالك والسابق فإن السبق غير موجود خارجاً، بل يوجد السابق فقط.

واستطاع الشيخ الخراساني أن يتخلص من المشكلة بالنحو الخامس من الاتحاد والقيام بين الصفة والذات باعتبار قيام الصفات فيه تعالى حقيقي مع الاتحاد الخارجي والتغاير المفهومي فقال:

> يُعتبر في صدق المشتق على الذات وجريه عليها من التلبس بالمبدأ بنحو خاص على اختلاف أنحائه الناشئة من اختلاف المواد تارة، واختلاف الهيئات أخرى من القيام صدوراً أو حلولاً، أو وقوعاً عليه أو فيه، أو انتزاعه عنه مفهوماً مع

اتحاده معه خارجاً كما في صفاته تعالى، أو مع عدم تحقق إلّا للمنتزع عنه كما في الإضافات والاعتبارات التي لا تحقق لها.[1]

فوصل بذلك إلى ما يُريد قوله بأن:

صفاته تعالى الجارية عليه يكون المبدأ مغايراً له تعالى مفهوماً وقائماً به عيناً لكنه بنحو من القيام لا بأن يكون هناك اثنينية... بل بنحو الاتحاد والعينّية.[2]

فولدت آنذاك من رحم هذا التحليل النظرية العُرفية المطروحة عن الشيخ عندما أشكل عليه بأن العُرف لا يرى هذا النوع من التحليلات عند إطلاق الصفات فقال:

وعدم اطلاع العُرف على مثل هذا التلبس من الأمور الخفية لا يضر بصدقها عليه تعالى على نحو الحقيقة إذا كان لها مفهوم صادق عليه تعالى حقيقة ولو بتأمل وتعمل من العقل، والعُرف إنّما يكون مرجعاً في تعيين المفاهيم لا في تطبيقها على مصاديقها.[3]

ونعترف هنا بقدرة الآخوند على ثني ذراع اللغة لخدمة المنهج العقلي، وذلك لإدراك الوجدان بأن لفظة قيام بمفردها تكفي لإطلاق الاثنينية والتمايز بين الصفة والذات، مضافا إلى دلالة لفظة الانتزاع على ذلك، فالعرف عند الآخوند بمثابة الحكم الذي لا تُسمع صفارته إلّا في باب المفاهيم، فلو تساءلنا في المشتق مثلاً هل هو لخصوص المتلبس بالحال أم هو أعم، بحيث يشمل حتى من انقضى عنه المبدأ؟ هنا يمكن لنا الرجوع إلى العُرف بناءً على مبنى الشيخ الخراساني، ولكن بعد ما يحكم بأن المشتق هو خصوص المتلبس بالحال لايحق له بعد ذلك أن يقول لنا إن هذا عالم أم لا، وبأي نحو قام العلم فيه، وكذلك بالنسبة إلى لفظة الصعيد وغيرها من الألفاظ المتداولة في القضايا الشرعية.

ولو فتشنا عن المستند لمرجعية العُرف هنا في باب المفاهيم لوجدنا أن مسألة

---

١. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول، ص٥٧.

٢. المصدر السابق.

٣. المصدر السابق.

إطلاق الخطابات من الشارع إلى المخاطبين تُحمل على المتفاهم العُرفي من هـذه الخطابات، وإلّا لا توجد طريقة أخرى لتحديد مفهوم هذه الألفاظ، ولهذا نجد الشيخ الخراساني في بعض الموارد ذكر هذا الاستدلال يقول:

> إن قضية إطلاق خطاب (لا تنقضى) هو ان يكون بلحاظ الموضوع العُرفي لأنه المنساق من الإطلاق في المحاورات العرفية، ومنها الخطابات الشرعية، فما لم يكن هناك دلالة على أن النهي فيه بنظر آخر غير ما هو الملحوظ في محاوراتهم لا محيص عن الحمل على أنه بذاك اللحاظ.[1]

وجعل السيد الخوئي تسالم الفقهاء في مرجعية العُرف في باب المفاهيم من الأدلة عليها فقال:

> وأما ما يقال: من أن الظاهر من إطلاق المشتقات وحملها على شيء هو فعلية تلبس الذات بالمبدأ حين النطق والتكلم فإن الظاهر من قولنا «زيد قائم» كونه كذلك بالفعل وفي زمان النطق، فلا معنى للنزاع في كون المشتق موضوعاً للأعم أو للأخص بعد التسالم على أن المرجع في تعين مداليل الألفاظ ومفاهيمها هو فهم العُرف.[2]

بل جعل الميرزا الآشتياني فهم العُرف للمفهوم هو الأصل فـقال: لأن فـهم العُـرف بالنسبة إلى أصل المراد من الألفاظ مما لا إشكال في اعتباره وكونه الأصل في ذلك.[3]

فالعرف له المرجعية في فهم الألفاظ سعة وضيقاً وعلى حد تعبير السيد الخوئي‏ﷺ «فأن تعيين المفاهيم وخصوصياتها من حيث السعة والضـيق أمـر راجـع إلى أهـل العُرف»، وأضاف السيد الشهيدﷺ إلى مناشئ فهم العُرف للألفاظ منشأ جديداً حاول فيه أن يصاهر بين النظر التطبيقي للعُرف وتحديده للـمفاهيم ألا وهـو نشـوء دلالة التزامية عرفية نتيجة لنظر عُرفي في المصداق تؤثر هذه الدلالة على حـجيّة ظـهور

---

١. كفاية الأصول، ص٤٢٨. ٢. محاظرات في أصول الفقه، ج١، ص٢٤١، ٢٤٢.
٣. بحر الفوائد، ج٣، ص١٧٧.

الدليل فتكون تلك الدلالة في مورد التطبيق حجة من باب تأثيرها على ظهور الدليل اللفظي وحاول تطبيق ذلك في امتناع اجتماع الأمر والنهي عرفاً فقال:

والتحقيق ان نظر العُرف في تشخيص المصاديق من حيث هو تشخيص للمصاديق وإن لم يكن حجة كما قيل إلّا أنه لو فرض نشوء دلالة التزامية عُرفية للدليل اللفظي نتيجة نظر عُرفي في المصداق أو نتيجة امتناع يتصوره العُرف وإن لم يكن امتناع بالدقة فهذه الدلالة الالتزامية العُرفية سوف تكون مشمولة لدليل حجية الظهور والدلالات أيضاً.[1]

فأضاف إلى نظرية حجية العُرف في المفاهيم، منشأ جديد استطاع بموجبه أن يوسع من دائرة حكم العُرف في باب المفاهيم، ويتخلص من الموارد المتعددة التي لا مفر من الاعتراف بحكم العُرف فيها من باب تشخيص المصاديق لا تحديد المفاهيم.

وحاول الأردكاني أن يفصل في موارد الشك في تحقق المفاهيم بعد إيمانه بمرجعية العُرف فيها، فذكر في ذلك تفصيلات وهي:

١. تارة يكون الشك في نفي مفهوم اللفظ، فهنا العُرف حجّة ومرجع في ذلك كما هو المشهور، فقال:

لأن الشك إما يكون في نفس مفهوم اللفظ ولا شك في حجية حكم العُرف بأن المفهوم ذلك؛[2]

٢. وأخرى ينشأ الشك في المفهوم من الشك في المصداق وهو على نحوين:

الأول: أن يكون المفهوم معلوماً، ولكن الشك حصل بسبب العوارض الحاصلة في المصداق مما سبب شكاً في شمول المفهوم له، وهنا حُكم بعدم حجية العُرف فيه؛ لأنّ الشك هنا في الموضوعات الصرفة يُرجع فيها إلى الأسباب الخاصة كالبينة، فلا يحق للعُرف أن يحكم بكون ذلك المشكوك هو مصداقاً للمفهوم، بل لابدّ من تحصيل العلم هنا، فقال:

---

١. بحوث في علم الأصول، **ج٣**، ص٥٢، ٥٣.

٢. غاية المسئول، ص٦٥.

أن يكون المفهوم معلوماً وإنّما عرض الشك بسبب العوارض الحاصلة في المصداق كالبلل المشتبه بالبول، ولا شك في عدم اعتبار حكم العُرف بكونه مصداقاً لذلك المفهوم، وذلك لما قيل إن الظن ليس بحجة في الموضوعات الصرفة... لو قال: المتكلم اكرم العلماء، ثم قال: زيد عالم، لم يجب على المخاطب إكرامه إذا علم جهله، لأن الرجوع إلى المتكلم إنما هو فيما يكون كلامه بصدد الكشف عنه، وليس كلامه ذلك مسوقاً لبيان مصاديق العلماء حتى يرجع إليه في تعيينه، بل تميّز ذلك شأن المخاطب، والمتكلم أيضاً لو اعتبر بقوله فإنما هو من باب البينة.[1]

الثاني: الشك في المصداق لعدم تشخيص المفهوم، أي أن المفهوم غير معلوم.

فإذا حكم العُرف بوجود المفهوم في ذلك المصداق هذا الحكم يستفاد منه شيئين:

الأول: إن المفهوم شامل لهذا المصداق، وهذا يرجع بالحقيقة إلى أن الشك في نفس مفهوم اللفظ، فحكم العُرف فيه حجّة؛

الثاني: تحقق المفهوم في ضمن ذلك المصداق، وبعبارة أخرى أن هذا المصداق هو من أفراد ذلك المفهوم، وهذا يرجع إلى حكم العُرف فيتشخيص مصادق المفهوم وحكمه في الموضوعات الصرفة.

فوقع نقاش بين الأعلام حول حجيّة الأمر الثاني، اعني المصداق من أفراد ذلك المفهوم فوجد هنا قولان:

الأول: عدم حجية قول العُرف في هذا المورد؛ لأنَّ خطأ العُرف في تشخيص الموضوعات غير قليل مما يوجب عدم حصول الظن بقولهم، وحتى لو حصل الظن بقولهم، أي حصل الظن بأن هذا المصداق هو فرد من أفراد ذلك المفهوم أيضاً بالنتيجة يرجع إلى أنه ظن بتحقق المفهوم في هذا المصداق فهو ظن بالمفهوم حاصل بتوسط الموضوعات ولا دليل على حجيته؛

---

١. المصدر السابق.

الثاني: حجية قول العُرف بأن هذا المصداق من أفراد ذلك المفهوم، وأن ذلك المفهوم شامل لذلك المصداق لأمرين:

الأمر الأول: حمل فعل المسلم على الصحة؛

الأمر الثاني: أصالة عدم الخطأ.

ولم يعتني الأردكاني بالأمر الأول لعدم مدخليته في الموضوع، وفصّل في دليل الأصل، أي اصالة عدم الخطأ، والمراد منها: أن حكم العُرف في المواضيع الصرفة مسموع وإن احتملنا الخطأ فيه لنفيه بالأصل المذكور.

ففصّل بين كون الخطأ المحتمل في الموضوعات ناشئ من السهو والنسيان، فهنا الأصل عدم ذلك لعدم اعتبار العقلاء بهذه الاحتمالات، وبين كون الخطأ ناشئ عن وجود خصائص في ذلك المصداق المحكوم عليه من قبلهم غفلوا عنها، بحيث لو تفطنوا بها لم يحكموا بدخوله تحت ذلك المفهوم، فلا يجري الأصل هنا، وهذا في باب المصاديق كثير، فقال:

> وأما الأصل المذكور ففيه تفصيل وذلك أنه إن كان هناك احتمال السهو والنسيان ونحوهما للعُرف، فالأصل عدمه لعدم اعتبار العقلاء لهذه الاحتمالات، وإن كان احتمال غفلتهم عن صفة كائنة في ذلك المصداق، بحيث لو تفطنوا بوجوده لم يحكموا بدخوله تحت المفهوم فلا يجري الأصل؛ إذ لا نسلم ندرته، بل هو كثير ربما أوجب عدم حصول الظن بقولهم.[1]

وكيف كان فالنظرية الأولى، وهي مرجعية العُرف في باب المفاهيم لم ينكرها أحد وصرح بها الفقهاء في كلماتهم، ومن شواهدها التطبيقية.

الشاهد الأول: قلنا سابقاً أن هذه النظرية على صعيد التطبيقات موجودة عند المتقدمين وإن صاغها المتأخرون بألفاظها المعروفة، والشاهد على ذلك نجد أن

---

١. المصدر السابق، ص٦٥، ٦٦.

الشيخ الطوسي لجأ إلى العُرف في معرفة خطاب الله تعالى ورسوله فيما إذا لم توجد حقيقة شرعية فيه، فقال:

فمتى ورد خطاب من الله تعالى أو من الرسولﷺ نظر فيه، فإن كان استعماله في اللغة والعُرف والشرع سواء حمل على مقتضى اللغة وإن كان له حقيقة في اللغة وصار في العُرف حقيقة في غيره وجب حمله على ما تعورف في العُرف.[١]

فالثمرة هنا هي مرجعية العُرف في تحديد المفاهيم الواردة في خطاب الله تعالى ورسولهﷺ وخلفائه، خصوصاً وأن الشيخ قد اعتراف بأن هناك أسماء انتقلت من اللغة إلى العُرف، فقال:

فما انتقل منه إلى العُرف نحو قولنا «دابة» و«غائط» فإن هذا وإن كان اسماً في اللغة لكل ما يدب وللمكان المطمئن من الأرض منه، صار في العُرف عبارة عن حيوان مخصوص وحدث مخصوص ونظائر ذلك كثيرة.[٢]

وبتصريح أدق من قبل الشيخ قال:

بأن الخطاب ينبغي أن يحمل على ما تعورف ويترك ما كان موضوعاً له؛ لأنه بالعادة قد صار حقيقة فيما إعتيد فيه.[٣]

الشاهد الثاني: إذا ورد منه تعالى خطاب وليس فيه عُرف ولا شرع وجب حمله على وضع اللغة؛ لأنّه الأصل، فإن كان فيه وضع وعُرف وجب حمله على العُرف دون أصل الوضع؛ لأن العُرف طار على أصل الوضع، وكالناسخ له والمؤثر فيه.[٤]

فالعرف ناسخ وطارئ على الوضع في تحديد المراد من مفاهيم الخطابات الشرعية الواردة، والتي ليس فيها حقيقة شرعية.

وذهب السيد المرتضى إلى أن العادة والعُرف القولي تخصص العموم، فيقول في هذا الخصوص:

---

١. الشيخ الطوسي، عدة الأصول، ج١، ص٤١. ٢. المصدر السابق، ص٤٠.
٣. المصدر السابق، ص٣٦٢. ٤. السيد المرتضى، الذريعة، ج١، ص١٦.

وإن كانت هذه العادة أثرت في حكم اللفظ وفائدته وجب أن يخص العموم بها؛ لأنّ التعارف له تأثير في فوائد الألفاظ فلا يمتنع تخصيص العموم بما يجري هذا المجرى.[١]

الشاهد الثالث: كان للعُرف دور مهم في تحديد وتقريب طريقة التعامل مع الشروط المتعددة في القضية الواحدة؛ لأنّ المبحث من مباحث الظهورات لمفاهيم الشروط، فمثلاً في مبحث الجملة الشرطية وقع نقاش بينهم قدس الله أسرارهم حول هذه الجملة لها مفهوم أم لا؟ وبناءً على وجود المفهوم فإذا تعددت الشروط فهل تبقى على ظهورها أم لابدّ من التصرف فيها؟ فقالوا لابدّ من التصرف في ذلك الظهور، وكانت هناك أربع طرق للتصرف بظهورات تلك الشروط المتعددة في الجملة الواحدة وهي كالتالي:

الأولى: تخصيص مفهوم كل شرط بمنطوق الآخر، فمثلاً إذا وردت قضية تقول: إذا خفي الأذان فقصر، وإذا خفي الجدران فقصر، فالطريقة الأولى تقول لابدّ من القول بما يلي: إذا لم يخفِ الأذان فلا تقصر إلّا إذا خفت الجدران، فمفهوم الشرط الأول قيد بمنطوق الثاني، ودليل هذا التخصيص هو أن منطوق كل دليل أخص من مفهوم الآخر؛

الثانية: رفع اليد عن مفهوم كليهما ويبقى التعامل مع منطوق كلا الشرطين؛

الثالثة: أن يُقيد إطلاق الشرط في كل منهما بالدليل الآخر فكلاهما يشكلان شرطاً لا أن كل واحد منهما منفرداً يشكل شرطاً مستقلاً؛

الرابعة: إدخال قاعدة «الواحد لا يصدر منه إلّا واحد» ليكون الشرط هو الجامع بين الشرطين فهناك قدر جامع بين خفاء الاذان وخفاء الجدران، وهذا الجامع هو المؤثر في وجوب القصر.

---

١. المصدر السابق، ص٣٠٧.

وبعد هذا التحليل وقع خلاف بين العلماء في ترجيح أحد هذه الاحتمالات، وما دام الأمر يتعلق بالظهور لمنطوق ومفهوم هذه الشروط دخل العُرف كحاكم فيها، فقدم الشيخ الخراساني التحليل الثاني، وجعل العُرف مساعداً عليه فقال «ولعل العُرف يساعد على الوجه الثاني».[1]

ولكن الفيروزآباديﷺ جعل العُرف دليلاً على الأول لا على الثاني، فقال: أقول: «بل الذي يساعد العُرف من بين الوجوه المذكورة هو الوجه الأول لا الوجه الثاني فإنه ضعيف جداً».[2]

الشاهد الرابع: في مبحث الانصراف قسَّم الشيخ النائيني ذلك إلى أقسام متعددة، وجعل بعضها مانعاً من الإطلاق والأقسام هي:

القسم الأول: الانصراف البدوي، وينشأ هذا من غلبة الوجود خارجاً كانصراف لفظ الماء إلى بعض أقسامه كماء دجلة أو الفرات وما شابه ذلك؛

القسم الثاني: الانصراف الناشئ من التشكيك في الماهية عرفاً، وهذا على نوعين:

الأول: إنّ العُرف يرى خروج بعض المصاديق عن اللفظ، كخروج الإنسان عن لفظ ما لا يؤكل لحمه؛

الثاني: إنّ العُرف يُشكك في كون الفرد مصداقاً لمفهوم اللفظ، كماء الكبريت يشك العُرف في شمول لفظ الماء له.

فالقسم الأول غير مانع من التمسك بالإطلاق، وأما النوع الأول من القسم الثاني جعله الميرزا كالقرينة التي تحتف بالكلام، وكذلك النوع الثاني فمنع من الإطلاق فيهما، فقال:

وقد ينشأ ـ الانصراف ـ من التشكيك في الماهية في متفاهم العُرف، وهذا يكون

---

١. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول، ص٢٠١.

٢. الفيروزآبادي، عناية الأصول، ج٢، ص١٩٠.

على قسمين فإن التشكيك تارة يكون بحيث يرى العُرف بعض المصاديق خارجاً عن كونه فرداً لما يفهم من اللفظ، فينصرف اللفظ عنه لا محالة كانصراف لفظ ما لا يؤكل لحمه عن الإنسان.[١]

فإن تعبير الشيخ التشكيك في الماهية وإن كان فيه نوع من التسامح؛ لأن الماهية لا علاقة لها باللفظ الدال عليها، ولكن المقصود واضح وهو أن العُرف يتدخل في تكوين قرائن تحتف باللفظ توسع وتضيق فيه ولا ضير في ذلك، لأنّ اللفظ ساحة عمل العُرف وميدانه.

الشاهد الخامس: وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة. هذا المبحث من المباحث المهمة التي للعُرف فيها صولة وجولة ووقع تساؤل عن هذه الوحدة، فهل هي بحسب لسان الدليل أم بالنظر العُرفي في الموضوع المتيقن مع المشكوك أم هي بحسب العقل؟

ووقع هذا النقاش بعد دفع دعوى الإطلاق الشاملة لكل من اللحاظات الثلاثة، بعدم وجود الجامع بين هذه اللحاظات حتى يجمعها سياق دليل واحد، بالإضافة إلى أن وحدة الموضوع لم توجد بعنوانها في الأدلة الواردة في الاستصحاب، بل وجد قوله «لا تنقض اليقين بالشك» فالوحدة هنا لابدّ من حملها على جهة خاصة مادام لم يذكر عنوان مطلق يشمل الجميع، يقول السيد محمد سعيد الحكيم:

مضافاً إلى عدم الجامع بين الجهات، فإن المرجع في وحدة الموضوع لم تتعرض له الأدلة بعنوانه وبما هو معنى اسمي ليتجه إطلاقه بنحو يشمل جميع الوجوه المحتملة، بل ليس مفاد الأدلة إلّا الحكم بالبقاء بعد الفراغ عن وحدة الموضوع، وحيث كانت إضافية فلابدّ من كونها بلحاظ جهة خاصة فتلك الجهة ملحوظة بخصوصيتها، ولا إطلاق يشمل غيرها ولا مجال للحاظ أكثر من جهة واحدة؛ لامتناع تعدد اللحاظ في الاستعمال الواحد.[٢]

---

١. أجود التقريرات، ج١، ص٥٣٢.

٢. السيد سعيد الحكيم، المحكم في أصول الفقه، ج٥، ص٩٩.

فلابدّ من لحاظ جهة واحدة، أما العقل أو العُرف أو الدليل، وقد وقع نقاش بين الأعلام في هذه العناوين الثلاثة.

أما الاتحاد العقلي فقد أشكل عليه باستلزامه عدم جريان الاستصحاب في الأحكام لاحتمال دخل كل خصوصية في الحكم، خصوصاً وأن حدوث الشك ينشأ من وجود بعض الخصوصيات وعدمها.

وأما الاتحاد بحسب دليل الحكم فهو مخالف لظهور إطلاق قوله «لا تنقض» فلا مجال إلّا من حملها على المتفاهم العُرفي، فيثبت أن الاتحاد هو بنظر العُرف يقول الشيخ الخراساني:

> إن قضية إطلاق خطاب (لا تنقض) هو أن يكون بلحاظ الموضوع العُرفي؛ لأنه المنساق من الإطلاق في المحاورات العرفية ومنها الخطابات الشرعية فما لم يكن هناك دلالة على أن النهي فيه بنظر آخر غير ما هو الملحوظ في محاوراتهم لا محيص عن الحمل على أنه بذاك اللحاظ، فيكون المناط في بقاء الموضوع هو الاتحاد بحسب العُرف وإن لم يحرز بحسب العقل أو لم يساعده النقل.[1]

فالعرف هو المحكّم في تحديد مفاهيم الألفاظ، فهو عندما يلاحظ إطلاق (لا تنقض) في محاوراته العُرفية يجد أن الوجوه المأخوذة في الموضوع المتيقن والمشكوك هي الوحدة العُرفية، فإذا كان ذلك كذلك يصبح انطباق هذه الوحدة العرفية على المصاديق انطباق حقيقي لا مسامحة فيه، ولهذا يقول المشكيني في حواشيه.

> فانطباقه على مصاديقه ليس من قبيل الخطأ، وبمعنى آخر إن انطباق مفهوم الدليل على البقاءات العرفية حقيقي.[2]

وقد ذكر الشيخ الأعظم دوراً جديداً للعُرف في هذا المجال بعد ما تحدث عن مرجعية العُرف في بقاء الموضوع، وهو أن نظر العُرف في بقاء الموضوع يختلف

---

١. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول، ص٤٢٨.

٢. حواشي المشكيني، ج٤، ص٦١٤.

باختلاف المواضيع والصور التي صبت عليها الأحكام فقال:

ففي بعض مراتب التغير يحكم العُرف بجريان دليل العنوان من غير حاجة إلى الاستصحاب، وفي بعض آخر لا يحكمون بذلك ويثبّتون الحكم بالاستصحاب، وفي ثالث لا يجرون الاستصحاب أيضاً، فمن الأول ما لو حكم على الرطب أو العنب بالحلية أو الطهارة أو النجاسة، فإن الظاهر جريان عموم أدلة هذه الأحكام للتمر والزبيب، فكأنهم يفهمون من الرطب والعنب الأعم مما جف منهما فصار تمراً أو زبيباً مع أن الظاهر تغاير الاسمين... والظاهر إنهم لا يحتاجون في إجراء الأحكام المذكورة إلى الاستصحاب، ومن الثاني إجراء حكم بول غير المأكول إذا صار بولاً لمأكول، وبالعكس، وكذا صيرورة الخمر خلاً... ومن الثالث استحالة العذرة أو الدهن المتنجس دخاناً أو المني حيواناً.

ويخلص الشيخ الأعظم إلى التأكيد على دور العُرف في هذا المجال، فيقول: يظهر أن معنى قولهم: الأحكام تدور مدار الأسماء أنها تدور مدار أسماء موضوعاتها التي هي المعيار في وجودها وعدمها، فإذا قال الشارع: العنب حلال، فإذا ثبت كون الموضوع هو مسمى هذا الاسم دار الحكم مداره فينتفي عند صيرورته زبيباً. أما إذا عُلم من العُرف أو غيره أن الموضوع هو الكلي الموجود في العنب المشترك بينه وبين الزبيب، أو بينهما وبين العصير دار الحكم مداره أيضاً.[١]

فالعُرف قادر على التصرف في سعة وضيق المفهوم، وعلى أساسه يدور الحكم، وهو المتبع في ذلك؛ لأنّ مواضيع الأحكام ملقاة إلى العُرف في مكالماتهم ومحاوراتهم العُرفية.

وهناك مباحث مهمة تندرج تحت بحث وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة يدخل العُرف في حساباتها ويغير من نتائجها، كبحث كون القيد علّة أو حكمة، ومبحث تبدل الأوصاف والحالات فإذا كان الوصف مقوماً له نتيجة وإذا كان حاله أو وصف له نتيجة أخرى، وبعبارة أخرى، هل أن الخصوصية من الحيثيات التعليلية أو

---

١. فرائد الأصول، ج٢، ص٦٩٦.

كونها من الحيثيات التقيدية، كل هذه البحوث دخل العُرف في الاستدلال عليها ولم يخرج الاستدلال به عن كونه مرجع في تحديد المفهوم لا في تطبيقه على مصاديقه، وإن شُكِّكَ في بعض المباحث بأنها من التطبيقات للمصاديق، ولذا تحمل العلماء أعباء التخريجات لذلك، فمثلاً في مبحث الوحدة بين القضيتين المتيقنة والمشكوكة قيل: لا يوجد لدينا شك في مفهوم الوحدة حتى نعود فيه إلى العُرف، بل الشك والمسامحة في مجال التطبيق ومن هنا انبرى السيد الشهيد وغيره من الأعلام لدفع هذا الأشكال بتقريبات خمس هي كالآتي:

الأوّل: إنّ مفهوم الوحدة لم يؤخذ في دليل الاستصحاب حتى يتسامح في تطبيقه، بل أُخذ فقط النهي عن نقض اليقين بالشك، فمفهوم نقض اليقين بالشك يرجع به إلى الأنظار العُرفية ومن ثم يعود الأمر إلى باب المفاهيم فيكون نظر العُرف فيه حجة؛

الثاني: حتى لو فرضنا أُخذ مفهوم الوحدة في دليل الاستصحاب إلّا أنه لم يؤخذ نصاً، بل أُخذ من خلال حذف المتعلق أي حذف نوع الوحدة العُرفية، فإنها كافية لتبرير حذف المتعلق؛

الثالث: توسعة مفهوم الوحدة لما يشمل الوحدة بالنظر العُرفي؛ لأنّ النظر العُرفي التطبيقي يمكن أن يؤثر على المفهوم إذا أصبح راسخاً مثل الدم الذي أُخذ فيه كم معين لصدق مفهومه، فالأثر الباقي لا يكون دم عرفاً أي أن المفهوم العُرفي للدم لا يشمله؛

الرابع: المسامحة العُرفية بين الموضوع السابق واللاحق عند الشك فيه، إذا كانت خفية على العُرف بحيث تخفى عليه، كانت كالقرائن الحالية والارتكازية التي تحيط باللفظ وتوسعه وتضيقه وإن لم تسرِ إلى المفهوم ولم تؤثر على المدلول الوضعي؛

الخامسة: إذا لم ينبه المتكلم على مراده ولم ينصب قرينة تفيد ذلك ينعقد إطلاق مقامي للخطاب يشمل المسامحة العرفية والاعتماد على النظر العُرفي في فهم المراد، وهذا يتوقف على كون موارد المسامحة كثيرة وإلّا إذا كانت نادرة وقليلة لا ينعقد إطلاق مقامي لها.

فكل هذه التخريجات التي ذكرها الأعلام‏ هي للتخلص من إشكالية مرجعية العُرف في موارد التطبيقات وإيقافه عند حدود المفهوم فقط.

ومن الأمور التي تتعلق ببحث وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة والتي لعب العُرف فيها دوراً مهماً هو مبحث استصحاب الأمور القارة التدريجية؛ لأنّ المتيقن السابق تارة يكون من الأمور القارة التي تجتمع أجزائها مع بعض في الوجود والزمان وأخرى من الأمور غير القارة التي يتوقف الجزء الثاني منها على تصرم الجزء الأول، كالزمان من الليل والنهار، والزماني، كالماء وسيلان الدم والكتابة، وغير ذلك من الأمور المقيدة بالزمان.

واسْتشكل في استصحاب الأمور غير القارة بهدم الوحدة بين المتيقن والمشكوك؛ لأن وجودها لا يثبت منه جزء إلّا بانقضاء ما قبله.

وأجيب على ذلك بأن العُرف يرى الاتصال بين هذه الأمور ما لم يتخللها العدم كما في الزمان، فإن الليل والنهار لا يتخلل أجزائهما العدم، بل قيل بأنّه حتى لو تخلل العدم وصدق الاتصال عرفاً يجري الاستصحاب وهنا سيختلف الأمر بحسب اختلاف نظر العُرف ففي بعض قد يحكم العُرف بانفصال الوحدة فيها فلا يجري الاستصحاب، ولهذا يقول الشيخ الخراساني: بل وإن تخلل ـ العدم بين الأجزاء ـ بما لا يخل بالاتصال عُرفاً وإن انفصل حقيقة كانت باقية مطلقاً أو عرفاً،[1] أي أنها باقية حقيقة وعُرفاً إذا لم يتخللها العدم، وعرفاً فقط إذا تخللها العدم، ولا ضير في ذلك ما دامت الوحدة أخذت بالمنظار العُرفي مفهوماً.

هذا كله في الأمور الغير القارة زماناً كانت أو زمانية.

وأما في الأمور المقيدة بالزمان، فالشك بالفعل المقيد بالزمان ينشأ من مناشئ متعددة:

---

١. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول، ص٤٠٨.

الأول: الشك في الفعل ينشأ من الشك في بقاء قيده كوجوب الإمساك المقيد بالنهار، فالشك فيه ينشأ من الشك في بقاء النهار أو انتهائه؛

الثاني: الشك فيه ينشأ من الشك في كيفية قيدية الزمان له فهي على قسمين:

القسم الأول: أخذ القيد في وجوب الفعل بنحو وحدة المطلوب، أي إذا انتفى القيد انتفى الفعل؛

القسم الثاني: أخذ القيد في الفعل بنحو تعدد المطلوب، بحيث إذا انتفى القيد لم ينتفِ الفعل بل يوجد وجوبان أحدهما للفعل والآخر للقيد، فإذا انتفى القيد انتفى وجوبه، ولكن وجوب الفعل باقي.

فهل يجري الاستصحاب بناءً على وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة عُرفاً في جميع هذه الصور أم سيدخل العُرف في جريانه في بعض الصور دون بعض؟

أما بالنسبة للأول وهو وجوب الإمساك المقيد بالنهار في حالة الشك في وجود النهار أو انقضائه فلا مانع من جريان الاستصحاب فيه للوحدة العُرفية في الزمان السابق واللاحق أو لاستصحاب نفس الفعل وهو الإمساك، فقد كان واجباً والآن اشك فاستصحب الإمساك.

وأما الأقسام الأُخرى فلا يجري الاستصحاب فيها إلّا إذا كان الزمان ظرفاً للوجوب لا قيداً فيه، ولكن أُشكل على هذا بأن الزمان دائماً يؤخذ على نحو القيدية، وإن أُخذ في لسان الدليل على نحو الظرفية؟

أُجيب على ذلك بأنه تام إذا كان النظر إلى الوحدة بين المتيقن والمشكوك هو النظر العقلي الدقي، أي ان كل ما أخذ فرض في الموضوع فهو قيد له، ولكن العبرة ليس بالنظر العقلي في الوحدة بين القضيتين المتيقنة والمشكوكة، بل بالعُرف، وقد يرى العُرف ظرفية الزمان لا قيديته للفعل، ولهذا يقول الشيخ الآخوند:

«وأما إذا كانت العبرة بنظر العُرف فلا شبهة في أن الفعل بهذا النظر موضوع واحد في الزمانين».[1]

١. المصدر السابق، ص٤٠٩.

وقد أدخل الشيخ الآخوند النظر العُرفي في تشقيقات هذا المبحث عدة مرات، فبعد أن جعل العُرف مفرّقاً بين كون الزمان قيداً وبين كونه ظرفاً، حكّمه مره أخرى بين كون الزمان قيداً بنحو وحدة المطلوب أي إذا سقط الزمان سقط الفعل، وأخرى بنحو تعدد المطلوب، أي إذا انتفى الزمان لا ينتفي وجوب الفعل.[١]

كل هذه التشقيقات المتقدمة كان للعُرف فيها دوراً مهما لايجاد الوحدة بين القضيتين المتيقنة والمشكوكة ولا يتعدى ذلك حدود المفاهيم لقضية «لا تنقض اليقين بالشك».

لكن الشيخ السند[٢] ذهب إلى أن العُرف في مرحلة المفهوم يحمل بين جنباته نوعين من المستويات:

الأول: المستوى الإرتكازي التطبيقي: وبهذا المستوى تختلف طبقات العُرف في كيفية حمل ونقل هذا الوعاء.

الثاني: المستوى التحليلي والتركيبي الكامن في المستوى الأول، حيث تُستل كل علوم اللغة والأدب من ذلك المستوى، وبتعبير آخر هو المخزون العلمي للغة المودع في ذلك الارتكاز التطبيقي.

وذهب إلى إن مشهور الأصوليين يُحكّمون المستوى الأول، أي الإتكازي التطبيقي في فهم النص وقراءته، ولكن الصحيح هو تحكيم المخزون المودع في

---

١. المصدر السابق، ص٤١٠ بتصرف.

٢. طلب خاص من سماحة الشيخ محمد السند لبيان وجهة نظره حول العُرف وإستجاب مشكوراً في ضمن جلسات متعددة فذكر له أدوار متعددة وهي:

الدور الأول: حمل علوم اللغة في وعائها الارتكازي التطبيقي؛

الدور الثاني: دور العُرف في التقنينات العقلائية؛

الدور الثالث: دور العُرف في مرحلة التطبيق لإحراز الموضوع ودرجاته؛

الدور الرابع: قدرة العُرف على التصرف في التقنين الشرعي أو القانوني، ولكن بشكل تبعي لا تأسيسي.

ذلك الارتكاز لقراءة النص وفهمه، فعلم البيان والبديع ومسائل النحو والاشتقاق وغيرها من مسائل اللغة لها مدخلية في فهم النص واستنطاقه، وبهذا قد يغور الفقيه في قراءته للنص أو الرواية في أعماق تلك العلوم، بحيث يصل إلى درجة لا يفهمها أبناء العُرف مع حفاظها على عدم الخروج عن موازين القراءة ما دامت كامنة في ذلك الارتكاز الموجود في ذهن العُرف التطبيقي الساذج، ومن هنا استطاع أن يضع يده على مغزى الحديث النبوي «ربُ حامل فقه ليس بفقيه إلى من هو أفقه منه».[١]

واستطاع بذلك أيضاً أن يتوصل إلى جملة من الثمرات المترتبة على هذا الفهم منها.

الثمرة الأولى

إنشعاب علم اللغة إلى قسمين:

الأول: علم ارتكازي إجمالي بسيط تطبيقي؛

الثاني: علم تحليلي تركيبي مجرد.

يشمل الأول: العلم الساذج البسيط لأبناء العُرف، ويشمل الثاني علوم اللغة النظرية أمثال النحو والصرف والاشتقاق والبيان والمعاني والبديع وغيرها. وذهب إلى ان المحكَّم في فهم الرواية عند المشهور هو الأول، أما لديه هو الثاني.

الثمرة الثانية

العلم التطبيقي البسيط والساذج اسلم من العلم التحليلي المستل من ذلك الارتكاز، وإن كان الثاني أدق؛ لأنّه يبتني على التحليل والتركيب والتجزئة فأسلمية الأول نابعة من الفهم العام عند الجميع أو الاغلب، أما عدم أسلمية الثاني لسلوكه مطبات كثيرة في التحليل والتركيب يستوجب على المستنبط لها إتباع الموازين العلمية المسَلَّمة في العلوم اللغوية وأن لا يبتني استنتاجه على الإستثناءات والقواعد الشاذة.

---

١. ابن بابويه القمي، الإمامة والتبصرة، ص١٧٩.

الثمرة الثالثة

فما دام المُحكَّم في قراءة الرواية هو العلم الثاني المستل من الإرتكاز التطبيقي لعلوم اللغة كان بالإمكان إلزام المتكلم بأمور لم يلتفت إليها التفاتاً تفصيلياً لاختزال ظهور كلامة لها إجمالاً، وهذا يفتح باب مهم في الأقارير والوصايا والنذورات، مثلاً عندما يوصي الميت بوقف مسجد أو حسينية وتعذر ذلك على الورثة لسبب أو آخر، قال الفقهاء الأقرب فالأقرب مع أن الموصي لم يذكر الأقرب فالأقرب في وصيته، ولكن الفقهاء قالوا: إنّ الموصي قصد شيئين:

١. الثواب؛

٢. بناء مسجد أو حسينية.

فإذا تعذر الثاني ثبت الأول ويتحقق بالأقرب فالأقرب.

وغير ذلك من الثمرات المهمة التي تترتب على الظهورات وقابليتها في إلزام المتكلم بأمور لم يلتفت إليها تفصيلاً وإنما إجمالاً قصها في كلامه.

الثمرة الرابعة

ببركة ذلك المخزون المودع في علوم اللغة سيصبح التأويل ضرب من ضروب الظاهر الخفي الذي لا ينسبق إليه الذهن تلقائياً في الوهلة الأولى، فالظاهر خفي وجلي، والجلي هو الفهم الساذج التطبيقي، بخلاف الخفي فهو المودع في بطن ذلك الارتكاز من علوم اللغة والأدب.

٢. مرجعية العُرف في تحديد مواضيع الأحكام مفهوماً وانطباقاً

وجد أصحاب هذه النظرية في الجزئيات الفقهية موارد كثيرة يُحكِّم العُرف فيها على مستوى التطبيقات فضلاً عن تحديد المفاهيم، ولم يقبلوا توجيهات أصحاب النظرية الأولى لهذه الموارد، كتعليق الموضوع على المصاديق العرفية من أول الأمر، أو سحب البحث في تلك الموارد بشكل وآخر إلى الاختلاف في تحديد المفاهيم لا

في تطبيقاتها، وغير ذلك من التوجيهات المطروحة، ولعلنا نستأنس بجملة من الأمثلة الفقهية التي ذُكرت بين طيات كلمات الفقهاء كتأييد لهذه النظرية ومن هذه الأمثلة.

١. وقع نقاش بين الأعلام حول إمكانية التمسك بالإطلاق في دليل المعاملة إذا شك في إمضاء فرد من أفرادها بناءً على كون ألفاظ المعاملات موضوعة للصحيح، وهو العقد المؤثر، أو بعبارة أخرى إذا كان لفظ البيع موضوع للصحيح وشككنا في بيع الغرر هل هو ممضى شرعا أم لا؟ فهل يمكن التمسك بإطلاق «أحل الله البيع» لجعله ممضى شرعاً؟

قال بعض: لا يمكن التمسك بالإطلاق؛ لأن الشك في الإمضاء مرجعهُ في النهاية إلى مؤثرية هذا العقد وعدمه؟ فليس لدينا جزم بصدق المطلق عليه حتى نتمسك به، فالشك في حلية بيع الغرر مرجعه في الحقيقة إلى أن هذا البيع مؤثر في تحقيق الملكية الواقعية أم لا؟ فلا نحرز صدق البيع على هذا العقد حتى نتمسك بإطلاقه؛ لأنّ لفظ البيع موضوع للعقد المؤثر واقعاً. ومن هنا انبرى صاحب الحاشية على الكفاية لتصحيح هذا التمسك بالإطلاق وفرّق بين المدلول المطابقي للدليل والمدلول الإلتزامي له، فالمدلول المطابقي هو إمضاء العقد المؤثر واقعاً، أما إذا كان هناك عقد شككنا في إمضائه فهل نستطيع التمسك بالإطلاق لإمضاءه يقول ما حاصله:

ما دمنا لا نملك طريق لتعيين مصاديق موضوع الإمضاء فمقتضى عدم تعرض الشارع في الدليل إلى تحديد مصاديق الموضوع الممضى هو الرجوع إلى العُرف وتحديدها بنظره، يقول السيد الروحاني ناقلاً كلامه:

إنّ المدلول المطابقي للدليل المتكفل إمضاء العقد وإن كان هو إمضاء العقد المؤثر واقعاً وهو غير محرز الصدق على الفرد المشكوك إمضاؤه فلا يصح التمسك بالإطلاق في إثبات الحكم له إلّا أنه حيث لا طريق لدينا في الخارج لتعيين مصداق موضوع الإمضاء وتشخيصه بنحو جزمي فيعين أن هذا العقد مؤثر واقعاً في الملكية

بنحو يوجب العلم والجزم، كان مقتضى عدم تعرض الشارع في الدليل إلى بيان مصاديق الموضوع والعقد المؤثر وتحديدها بنظر العُرف وبحسب الظهور العُرفي هو الاعتماد على العُرف في تشخيص المصداق وأن ما هو بنظر العُرف مؤثر واقعاً فهو بنظر الشارع مؤثر، وعليه فإذا شك في فرد أنه ممضى أو لا؟ فإذا كان بنظر العُرف مؤثراً واقعاً شمله الدليل لكونه من أفراد الموضوع، نعم إذا كان الشك في اعتبار شيء عُرفاً لم يكن التمسك بالإطلاق لعدم إحراز كونه ـ أي الفاقد ـ من المؤثر واقعاً عند العُرف أيضاً، فلا يُحرز انطباق المطلق عليه وهو مانع عن التمسك بالإطلاق.[1] وأشار المحقق العراقي إلى هذه النظرية في نهاية الأفكار فقال:

> ففي التمسك بالإطلاقات اللفظية في نفي ما شك في اعتباره شرعاً في صحة البيع إشكال ينشأ من احتمال خطأ العُرف فيما يرونه مصداقاً للبيع، حيث أنه مع هذه الاحتمال يشك لا محالة في أصل تحقق البيع بدون المشكوك من جهة معلومية عدم إتباع فهم العُرف إلّا في مقام كشف المفاهيم لا في مقام تطبيق المفهوم على المصداق الخارجي فارغاً عن معلومية المفهوم، وحينئذٍ فمع احتمال خطأ العُرف في تطبيق مفهوم البيع على المورد لم يجز التمسك بالإطلاق لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لنفس العام، ولكن الذي يسهل الخطب هو وجود الإطلاق المقامي في المقام حيث أنه بعد ما يرى العُرف الفرد الغير الواجد للمشكوك بحسب ارتكازهم مصداقاً حقيقياً للبيع ويرتبون عليه الآثار من النقل والانتقال، ومع ذلك لم يردعهم الشارع يكشف ذلك عن أن ما يكون بيعاً عندهم بيع شرعي أيضاً، وإلّا لكان عليه التنبيه بذلك ببيان أن غير الواجد لا يكون حقيقة مصداقاً للبيع وأنه مصداق زعمي تخيلي، وحينئذ فهذا الإطلاق الموصوف بالمقامي يكشف أن جميع ما يراه العُرف بيعاً بيع حقيقة لدى الشارع.[2]

فالنتيجة إنّ مفهوم البيع لا شك فيه عند العُرف وهو العقد المؤثر وكذلك عند الشرع،

---

١. السيد الروحاني، منتقى الأصول، ج ١، ص ٢٨٧، ٢٨٨. ٢. نهاية الأفكار، ج ١، ص ١٠٠.

ولكن الذي شُك فيه هو مصداق من مصاديق البيع، فهل هو ممضى شرعاً أم لا؟ بعد كونه بيع عرفاً، فما دام لم يبيّن الشارع مصاديق الموضوع الممضى فالعُرف هو الذي يتولى بيان تلك المصاديق كما هو مقتضى الكلمات المتقدمة للأعلام، فالإطلاق المقامي أصبح غطاءً شرعياً للعُرف ليحدد لنا مصاديق وتطبيقات ذلك الموضوع.

٢. الدم هو عبارة عن السائل المعهود الجاري في القلب والعروق والمسفوح منه موضوع للحكم بالنجاسة، لكنهم لم يحكموا في اللون المتبقي من الدم بالنجاسة، واستدلوا على ذلك بعدم اعتبار العُرف لهذا المتبقي وعدم عدّه من مصاديق الدم، لكن البرهان العقلي قام على امتناع انتقال العرض فيحكم العقل على أن هذا اللون هو من الأجزاء الصغيرة لجوهر الدم.

فالعُرف هنا أخرج من مصاديق مفهوم الدم مصداقاً وهو ما إذا بقي اللون الضعيف بعد ذهاب اشتداديته.

٣. جريان الأحكام على بعض الأعيان بشهادة العُرف هو من مصاديق هذه النظرية، فمثلاً ميتة الكلب يُطلق عليها كلب عُرفاً، ويرتبون عليها أحكام معينة كنجاسة الكلب فيستصحبون نفس تلك النجاسة حال الحياة مع أن شيئية الشيء بصورته النوعية، فإذا ذهبت تلك الصورة دخل تحت نوع آخر غير نوع الكلب وثبت له حكم آخر، فالكلب ليس عند العُرف إلّا الجثة الخارجية والحياة من حالاتها، وميتة الكلب كلب عندهم حقيقة، وعند العقل البرهاني لما كانت شيئية الشيء بصورته وصورة الكلب نفسه الحيوانية الخاصة به فإذا فارقت جثته سلب منها اسم الكلب، وتكون الجثة جماداً واقعاً واقعة تحت نوع آخر غير النوع الكلبي، بل يسلب عنها اسم جثة الكلب وبدنه أيضاً ويكون إطلاق بدن الكلب على الجثة المفارقة عنها الروح مسامحة لدى العقل كما هو المقرر في مقاره من العلوم العالية مع أنها كلب لدى العُرف حقيقة.[١]

---

١. الرسائل، ج١، ص٢٢٨.

ولعل ذهاب صاحب العروة إلى الاستشكال في ثبوت التحريم الأبدي لأم الموطوء وبنته وأخته على الواطئ إذا كان الموطوء ميتاً من هذا الباب؛ لأن ميتة الموطوء لا يطلق عليها غلام، ولهذا رد السيد الحكيم ما ذهب إليه جامع المقاصد من ثبوت التحريم بقوله: إن الغلام حقيقة في الحي وإطلاقه على الميت مجاز فعموم النص ممنوع.

فالعُرف وإن أطلق على هذا الميت أنه غلام موطوء، ولكن هذا من تسامحاتهم العُرفية بعد معرفة أنه حقيقة ليس بغلام. فحمل النص عليه لا معنى له خصوصاً بعد معرفة ان حقيقته ليس كذلك ولهذا قال السيد الحكيم: «فعموم النص ممنوع» وذهب السيد الخوئي إلى عدم الحرمة أيضاً.[١]

٤. من المباحث المهمة والتي لها ثمرات كثيرة في الفقه هو مبحث الاستصحاب ومن فروعه مبحث الأصل المثبت، فقد ذهب بعض الأعلام إلى حجيته مع خفاء الواسطة وأضاف بعضهم جلائها أيضاً بحجة أن العُرف لا يرى كون الأثر أثراً للواسطة، بل للمستصحب فإذا كان كذلك فلا مانع من حجية الأصل المثبت في هذه الموارد ولكن الشيخ النائيني رفض هذه الحجية، بل أدرجها في أحكام العُرف التطبيقية التي لا مجال لقبولها فقال:

«والحق عدم حجية الأصل المثبت مطلقاً ولا أثر لخفاء الواسطة فضلاً عن جلائها وتحقيق ذلك أن الحكم الثابت لموضوع قد يكون بنظر العُرف بحيث يكون الحكم الثابت له ثابتاً للأعم منه أو الأخص منه بحسب متفاهمهم من الدليل فيكون الظهور الفعلي التركيبي على خلاف الظهور الوضعي الأفرادي، وفي هذه الصورة لا ريب في أن المتبع هو الظهور الفعلي في تعيين مفاد الدليل خلافاً لجملة من القدماء، فيكون الرجوع إلى العُرف حينئذ لأجل تعيين مفاد الدليل، وأخرى يكون المدلول العُرفي

---

١. كتاب النكاح، ج ١، ص٢٩٧.

موافقاً للمدلول الوضعي لكن العُرف بحسب مناسبات الحكم والموضوع يرون بعض خصوصيات الموضوع من مقوماته وبعضها الآخر من علل الحكم ومن قبيل الواسطة في الثبوت فيكون ثبوت الحكم بعد انتفاء الخصوصية على الأول من باب ثبوت الحكم لموضوع آخر بنظرهم لا من باب بقاء ما ثبت بخلاف الثاني ولا إشكال في اتباع نظرالعُرف في ذلك أيضاً باعتبار رجوع ذلك إلى تعيين مفاد لفظ النقض من أدلة حجية الاستصحاب كما يتضح.. وأما في غير هذين الموردين فلا محالة يرجع نظر العُرف إلى مسامحاتهم في التشخيصات والتطبيقات التي لا وجه للرجوع إليهم في ذلك، كما ترى مسامحاتهم في المقادير والأوزان الغير المتبعة من دون خلاف ولا إشكال.[1]

فالشيخ النائيني أقصر دور العُرف على هذين الموردين وأما في بحث الواسطة الخفية عدّه من تدخلات العُرف في التطبيقات خصوصاً بعد كون الأثر للواسطة حقيقة لا إلى المستصحب.

٥. البحث عن العلم الإجمالي في علم الأصول من الأبحاث المهمة والمُعمقة في نفس الوقت، ونحن لا نريد أن ندخل إلى تفاصيل هذا المبحث إلّا بقدر ما يتعلق في بحثنا يعني فيما إذا كان أحد أطراف العلم الإجمالي خارجاً عن محل الابتلاء عادة ففي هذا المورد قال بعض العلماء ـ قدس الله أسرارهم ـ إن خروج الفعل عن محل الابتلاء يمنع من تعلق التحريم به، وخصصوه بالمحرمات أي أن الفعل أو الأمر بالشي الخارج عن محل الابتلاء لا مانع من تعلق الوجوب به، يقول الشيخ النائيني كما في تقريرات الكاظمي:

> إنّ الأمر بالفعل الخارج عن محل الابتلاء لا محذور فيه؛ إذ قد تكون فيه مصلحة ملزمة تستدعي الأمر به وتحصيل مقدماته البعيدة الشاقة.[2]

---

١. أجود التقريرات، ج٢، ص٤١٩.

٢. السيد الروحاني، منتقى الأصول، ج٥، ص١٣٥.

وخالف في ذلك المحقق العراقي، وعد الاستهجان العُرفي دليلاً على تلك المخالفة، بل عمم هذا الاستهجان إلى الأمر بالخارج عن محل الابتلاء والنهي عنه فقال:

> فلا فرق في الاستهجان بين كون الخطاب أمراً أو نهياً، فإنه كما أن العُرف لا يحسنون توجيه الخطاب التحريمي إلى من يرونه أجنبياً عن العمل وغير قادر عليه بحسب العادة كذلك لا يحسنون توجيه الخطاب الإيجابي أيضاً في الغرض المزبور.[1]

فالاستهجان العُرفي أصبح دليلاً على منع ثبوت التكليف في الموارد الإيجابية والتحريمية التي تكون خارجة عن محل الابتلاء، ولكن المحقق الأصفهاني رفض هذا الكلام بناءً على عدم الاعتبار بالرأي العُرفي في هذه الموارد، فقال السيد الروحاني نقلاً عنه:

> وقد ذهب المحقق الأصفهاني‌ﷺ إلى عدم صلاحية الاستهجان العُرفي لمنع ثبوت التكليف في مورد الخروج عن محل الابتلاء لعدم ارتباط حقيقة التكليف بالعُرف بما هم أهل العُرف، وليس الكلام في مفهوم الخطاب كي يكون المرجع فيه هو العُرف كما تقرر، بل الكلام في واقع التكليف وصحته ثبوتاً فلا مسرح لنظر العُرف.[2]

٦. الجزء والشرط داخل المركب، تارة يثبت بإطلاق معتبر، وأخرى يثبت بإجماع أو بإطلاق، ولكنه غير معتبر لعدم كونه في مقام البيان من جهة التمكن والتعذر، فإذا تعذر الجزء والشرط في الأول يسقط المركب؛ لأنّ إطلاق دليليهما يقتضي اعتبارهما على كل حال، أي في التمكن والتعذر معاً. وأما إذا تعذر الجزء والشرط في الثاني فهل يقتضي الأصل اعتبارهما مطلقاً، أي في حال تعذرهما يسقط المركب أم لا؟ إن الأصل يقتضي اعتبارهما في حال التمكن فمع التعذر لا يسقط المركب؟ قولان للأعلام:

---

١. نهاية الأفكار، ج٣، ص٣٣٩.

٢. السيد الروحاني، منتقى الأصول، ج٥، ص١٣٠.

الأول: إنّ الأصل يقتضي جزئيته وشرطيته المطلقة، أي بتعذرهما يسقط المركب؛

الثاني: إنّ الأُصل يقتضي اختصاصهما بحال التمكن فقط، فإذا تعذر لم يسقط المركب ويمكن جريان الاستصحاب هنا.

واستدلوا على الأول بأصالة البراءة في الباقي من الأجزاء ولا يوجد ما يصلح أن يكون دليلاً على إثبات التكليف بالمركب.

واستدلوا على الثاني بالاستصحاب لوجوب الباقي بعد تعذر الجزء أو الشرط وذلك فيما إذا كان المكلف مسبوقاً بالقدرة أي كونه قادراً على هذا الأمر سابقاً حيث يثبت الوجوب عليه، وبعد تعذر الجزء أو الشرط نشك ببقاء الوجوب فنستصحب البقاء، والمستصحب هنا كما قالوا: إمّا هو مطلق الوجوب، أو الوجوب النفسي المتعلق بالموضوع الأعم من الجامع لجميع الأجزاء والفاقد لبعضها.

ولو فتشنا عن مستند الكلام المتقدم لطالعنا الشيخ الأعظم بقوله: بدعوى صدق الموضوع عُرفاً على هذا المعنى الأعم الموجود في اللاحق ـ أي الفاقد لبعض الأجزاء ـ ولو مسامحةً، فإن أهل العُرف يطلقون على من عجز عن السورة بعد قدرته عليها أن الصلاة كانت واجبة عليه حال القدرة على السورة ولا يعلم وجوبها بعد العجز عنها، ولو لم يكف هذا المقدار في الاستصحاب لاختل جريانه في كثير من الاستصحابات، مثل استصحاب كثرة الماء وقلته، فإن الماء المعين الذي أخذ بعضه أو زيد عليه، يقال أنه كان كثيراً أو قليلاً، والأصل بقاء ما كان مع ان هذا الماء الموجود لم يكن متيقن الكثرة أو القلة، وإلّا لم يعقل الشك فيه فليس الموضوع فيه إلّا هذا الماء مسامحة في مدخلية الجزء الناقص أو الزائد في المشار إليه؛ ولذا يقال في العُرف هذا الماء كان كذا وشك في صيرورته كذا من غير ملاحظة زيادته ونقيصته.[1]

ولم يخفِ الشيخ دور المسامحة العُرفية في استصحاب مطلق الوجوب، أو الوجوب النفسي عندما قال:

---

١. الشيخ الأنصاري، فرائد الاصول، ج٢، ص ٤٩٧.

لولا المسامحة العُرفية في المستصحب وموضوعه لم يتم شيء من الوجهين،[١] ولم يكن هذا الكلام مهدئاً لروعه لولا التسليم من قبل العلماء باستصحاب الكرية الذي لم يفرّق الشيخ بينه وبين هذه المسامحة، وجعل ذلك دليلاً على القول بهذا النوع من المسامحات، فقال: لكن الأشكال بعد في الاعتماد على هذه المسامحة العُرفية المذكورة إلّا أن الظاهر أن استصحاب الكرية من المسلمات عند القائلين بالاستصحاب والظاهر عدم الفرق.[٢]

ولا داعي لهذا الترديد والأشكال من قِبل الشيخ إذا كان رأي العُرف هو عدم المغايرة بين مطلوبية الكل ومطلوبية الجزء في حال استصحاب مطلق الوجوب، أو جعل تلك الأجزاء المتعذرة من الحالات المتبادلة التي لا يؤثر تعذرها في جريان الاستصحاب ـ لا داعي لهذا الترديد؛ لأنّ ذلك يرجع إلى تحديد المفاهيم، وأن العُرف يرى مفهوم المركب واحد بعد تعذر الجزء، أو يرى أن الشيء المتعذر حاله من الحالات، بل ولا داعي إلى الركون إلى ما تسالم عليه الفقهاء من استصحاب الكرية وإيجاد عدم الفرق بين المقامين، كل ذلك لا داعي له إذا كان الأمر متعلق بالمفاهيم؛ لأنّ العُرف له مرجعية فيها، فما تقدم يجعل النفس توسوس وتبحث عن عدم القطع والترديد عند الشيخ، فهل المطلب يتعلق بالمصاديق التي لا حجية للعُرف فيها، الأمر الذي أدى بالشيخ ان يقول ما تقدم؟ الظاهر ذلك.

٧. القواعد الفقهية عند الفقهاء، لعل المتتبع لكثير من القواعد الفقهية يجد أن بعض ما استدلوا به عليها هو العُرف، فمثلاً في مبحث قاعدة الإمكان في باب الحيض وقع نقاش عميق بين الأعلام في تحديد المعنى المراد من الإمكان في القاعدة، فانقسم الأعلام إلى ثلاثة أقوال، وإن كانت هناك معاني كثيرة للإمكان.

القول الأول: الإمكان الوقوعي: والمراد به عدم ترتب محذور شرعي ولاعقلي

---

١. المصدر السابق، ص٦٨٥. ٢. المصدر السابق.

على وقوع هذا الدم حيضاً في عالم الإثبات لا عالم الثبوت وإلّا لو كان في عالم الثبوت لكان حيضاً قطعاً.

القول الثالث: الإمكان بالقياس إلى الغير ومعناه: «سلب الضرورة بالنظر إلى القواعد المعلومة شرعاً أو عقلاً، كما يقال: التكليف بالضدين على نحو الترتب ممكن، بمعنى أنه ليس فيما بأيدينا من القواعد ما يوجب امتناعه إذ لا يلزم منه اجتماع الضدين أو النقيضين أو الدور أو نحو ذلك مما ثبت استحالته،[1] وأما تطبيق ذلك على المقام، فيقال: إنّ المراد من الإمكان في القاعدة المذكورة هو قياس هذا الدم المشتبه بكونه حيضاً إلى القيود والأدلة الشرعية بشكل لا توجب تلك القيود والأدلة ضرورة كونه حيضاً ولا ضرورة عدم كونه حيضاً، وذهب إلى هذا المعنى الشيخ صاحب الكفاية كما نسب إليه ذلك السيد البجنوردي.[2]

وذهب الشيخ الأنصاري إلى معنى آخر من القياس أضاف إليه ما يحتمل من القيود المعتبرة شرعاً بالإضافة إلى القيود الوجودية والعدمية المعتبرة مما يؤدي إلى جعل اختصاص القاعدة بالشبهات الموضوعية، ومن أراد الاستزادة فليراجع.[3]

والذي ينفعنا من الكلام في هذه القاعدة في مقام بحثنا هو ما استدلوا به على هذه القاعدة، فقد ذكروا بأن العُرف دليلاً عليها وجعلوه من جملة الأدلة، أي أن العُرف هو الذي يشخص مصداق ذلك يقول السيد البجنوردي:

وبناء العُرف على أن ما رأت المرأة التي هي في سن مَن تحيض من الدم الخارج من الرحم أنه حيض إلّا إذا علم عدم كونه حيضاً بواسطة الأدلة والإمارات، ومرجع هذا الدليل إلى مراجعه العُرف في تشخيص مصاديق المفهوم الذي جعله الشارع موضوعاً لحكمه، مثلاً جعل الشارع مفهوم الغناء موضوع للحرمة فإذا شك في صوت أنه من مصاديق الغناء فالمرجع فيتشخيص المصداق لذلك المفهوم هو

---

١. السيد محسن الحكيم، حقائق الأصول، ج٢، ص٦١. ٢. القواعد الفقهية، ج١، ص٣.
٣. المصدر السابق، ص٢٤.

العُرف، فإذا كان بناء العُرف مثلاً على أن كل صوت شك في أنه غناء فهو غناء، فهذا البناء من أهل العُرف حجة على كونه غناء، وفيما نحن فيه أيضاً كذلك، إذا كان بناء عُرف النساء أن كل دم لم يعلم أنه استحاضة أو دم آخر غير دم الحيض فهو من مصاديق مفهوم الحيض الذي هو مفهوم عُرفي، لا أنه من مخترعات الشارع الأقدس.[١]

وفي التشبيه في المثال بين الغناء وبين ما شك في أنه حيض فيه مسامحة، لأن الأول يرجع إلى تحديد المفهوم المراد، والعُرف حجّة فيه، والثاني لا يوجد شك في مفهوم الحيض بل الشك في المشتبه فيرجع إلى تعين المصداق، فبناء العُرف على كونه حيضاً في عُرف النساء لا عبره به، وهذا هو المراد من كلام السيد البجنوردي وان ماثل بين الغناء والحيض المشتبه عندما أشكل على الاستدلال بالعُرف على المورد بقوله:

وفيه **أولاً**: إن أمر تطبيق المفهوم على المصاديق ليس بيد العُرف وإنما المرجع هو العُرف في تعيين المفاهيم وفهم المراد منها، وأما تطبيق المفهوم على المصداق فهو دقي وبيد العقل، نعم قد يكون الشك في الصدق من جهة عدم معرفة حدود المفهوم من حيث السعة والضيق ويسمى بالشك في الصدق مقابل الشبهة المصداقية، ففي مثل هذا المورد لا بأس بمراجعة العُرف؛ لأنّه في الحقيقة يرجع إلى تعيين حدود المفهوم ويكون المناط فيه فهم العُرف وأما في مثل المقام من أن منشأ الشك أمور خارجية أو احتمال فقدان شرط شرعي أو قيد أو وجود مانع كذلك بناء على جريان هذه القاعدة.[٢]

فمن استدل بالعُرف على هذه القاعدة فقد حكّم العُرف في تحديد المصاديق المشتبه للمفاهيم المحددة.

---

١. المصدر السابق، ص٢٧. ٢. المصدر السابق، ص٢٧، ٢٨.

٨. اجتماع الأمر والنهي عقلاً والامتناع عُرفاً، لا يختلف اثنان حول امتناع اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد بعنوان واحد ومن جهة واحدة، ولكن الاختلاف وقع فيما إذا كان الاجتماع أو الامتناع تعلق بواحد ذات وجهين أو عنوانين بأحدهما تعلق الأمر وبالآخر تعلق النهي، ومثّلوا لذلك الصلاة في المغصوب فهنا، صلاة وغصب، وإن اتحدا خارجاً.

واختلف الأصحاب في ذلك إلى أقوال:

الأول: عدم الجواز؛

الثاني: جواز ذلك؛

الثالث: الجواز عقلاً والامتناع عرفاً.

وذهب إلى الأول «أكثر علماء الشيعة» والى الثاني «أكثر علماء السنة» والثالث ذهب إليه بعض الأصحاب.[1]

ولكل فريق أدلته الخاصة به، ونحن لا نريد أن ندخل في تفاصيل تلك المسألة مع أدلتها إلّا في حدود ما يتعلق ببحثنا، أعني القول الثالث، أي الجواز عقلاً والامتناع عرفاً.

ونُسب هذا القول إلى الأردبيلي في شرح الإرشاد، ونسبه إليه كثير من الأعلام ولكن صاحب مطارح الأنظار شكك في هذه النسبة،[2] وبغض النظر عن ثبوتها وعدمه فلنا دخل في نفس القول وجد له قائل أم لا.

فالعقل يحكم بالجواز أي جواز اجتماع الأمر والنهي في شيء واحد ذو وجهين أو طبيعتين اتحدتا في فرد من أفرادهما خارجاً، كالصلاة في المغصوب، فطبيعة الصلاة تغاير طبيعة الغصب ولكن خارجاً اتحدتا في فرد واحد فهنا قد لا يجد العقل حزازة في اجتماع الأمر والنهي ما دامت الجهة مختلفة، نعم قد يرى العُرف امتناع

---

١. أصول الاستنباط، ص١١١.

٢. مصارح الأنظار، ص١٣٠.

ذلك، ولكن هل يرجع حكم العُرف هذا إلى باب المفاهيم حتى يكون حجة أم هو متعلق بتحديد المصاديق ولا عبره فيه بذلك؟

قد يقال: إن مسألة اجتماع الأمر والنهي والنزاع فيها ليس مدلولاً للصيغة، بل النزاع جار في الوجوب والتحريم سواء كان الدال عليها اللفظ أو أمر آخر غيره، وإذا كان ذلك فكذلك لا يحق للعُرف أن يدلو بدلوه هنا لعقلية المسألة، ولعدم الاعتبار برأيه؛ لأنّ الكلام في تحديد المصداق، وهذا ما ذكره الآخوند عندما قال:

وإنه لا سبيل للعُرف في الحكم بالجواز والامتناع إلّا طريق العقل فلا معنى لهذا التفصيل إلّا ما أشرنا إليه من النظر المسامحي الغير المبتني على التدقيق والتحقيق، وأنت خبير بعدم العبرة به بعد الإطلاع على خلافه بالنظر الدقيق، وقد عرفت فيما تقدم أن النزاع ليس في مدلول صيغة الأمر والنهي بل في الأعم فلا مجال لأن يتوهم أن العُرف هو المحكم في تعيين المداليل، ولعله كان بين مدلوليهما حسب تعيينه تناف لا يجتمعان في واحد ولو بعنوانين وان كان العقل يرى جواز اجتماع الوجوب والحرمة في واحد بوجهين[1]

وقد أُشكل على كلام الآخوند بأن الدال وإن تعدد لا يضر بالمطلب، فسواء كان الدال هو الأمر والنهي أو الإجماع لا يضر بوحدة المدلول إذا رأى العُرف امتناعها، ومن المعلوم أن الامتناع من ذاتيات المدلول لا لخصوصية الدال ولهذا يقول السيد الحكيم:

> عموم الدال لا ينفع بعد اتحاد المدلول، فإذا بني على الامتناع في مدلول الصيغة (سواء كانت أمر ونهي أو إجماع) لابدّ أن يبنى على الامتناع في غيره؛ لأن الامتناع من ذاتيات المدلول لا لخصوصية الدال فتأمل جيداً.[2]

ولكن هذا الكلام يرجع إلى ما أفاده المصنف بأن الامتناع هنا لا عبرة به إذا حكم به

---

١. كفاية الأصول، ص١٦٧. ٢. السيد محسن الحكيم، حقائق الأصول، ج١، ص٣٨٧.

العُرف؛ لأنّه في المصاديق ولعل السيد يريد أن يقول ما حاصله:

إذا سلّمنا الامتناع في المدلول فلابد أن نسلّم في الامتناع في الدال سواء كان أمراً ونهي أو إجماع أو غيرهما.

وكيف كان فإذا بنينا على عقلية المسألة فلا دور للعرف فيها؛ لأن تعدد الجهة في المسألة يكفي في دفع محذور اجتماع الضدين، واجتماع الضدين وعدمه ليس من مداليل اللفظ، بل من الأحكام العقلية، ولذا يقول المروج شارحاً كلام الآخوند:

«إنّه قد ظهر من مطاوي ما ذكرناه أن المسألة عقلية» قال المروج:

> إن الجواز والامتناع في هذه المسألة من أحكام العقل؛ إذ الحاكم بارتفاع غائلة اجتماع الضدين لتعدد الجهة وعدم ارتفاعها هو العقل، فلا معنى لنسبة ما هو حكم العقل إلى العُرف، فإذا جوّز العقل اجتماع الأمر والنهي فلا وجه لحكم العُرف بامتناعه، وكذا العكس، بل طريق العُرف في المسألة العقلية هو حكم العقل، والعُرف إنما يرجع إليه في تعيين المفاهيم ومداليل الألفاظ وليست مسألة الإجماع منها حتى يُرجع فيها إلى العُرف، وعلى هذا فلا معنى للتفصيل بين العُرف والعقل بحكم الأول بالامتناع والثاني بالجواز.[١]

فالعرف إذا حكم في هذه المسألة فحكمه ناشئ من تطبيق المفاهيم على مصاديقها ولا عبرة به، أي المجمع بنظرهم للأمر والنهي شيء واحد ولكنه دقة اثنان وهذه مسامحة عُرفية لا عبر فيها.

وقد يقال: إن حكم العُرف بالامتناع ليس من باب المسامحة، بل من باب استفادة العُرف أن الموضوع في الأمر والنهي هو الفرد لا الطبيعة، وهنا كذلك يحكم العقل بالامتناع ولا يحكم بالجواز، يقول الشيخ كلانتر في مطارح الأنظار:

> فاللفظ الوارد في مقام الأمر والنهي وإن كان مفاده لغة تعلق الأمر بالطبيعة والنهي بطبيعة أخرى، وهذا الموضوع مما يجوزه العقل إلّا أن المنساق منه في العُرف

---

١. منتهى الدراية، ج٣، ص١٤١.

> هو تعلق الأمر والنهي بالفرد لا بالطبيعة، وبعد استفادته من اللفظ فلا إشكال في الحكم بعد الجواز عقلاً أيضاً في هذا الموضوع، فظهر أيضاً أن نسبة عدم الجواز إلى العُرف ليس إلّا بواسطة استفادة العُرف موضوعاً من اللفظالوارد في مقام الأمر والنهي يحكم فيه العقل بالامتناع، وليس المراد هو أن العُرف حاكم بعدم الجواز في مقابل العقل.[١]

ومن المعلوم أن الوحدة العُرفية هنا لا عبرة بها ولا دليل عليها بعد ما كان مفاد اللغة تعلق الأمر بطبيعة والنهي بأُخرى. فالعُرف المراد منه في الكلام ليس هو المجرد عن معرفة السياقات اللغوية وتراكيبها وكيفية استعمالها حتى تساق تلك الوحدة إليه.

والحاصل إن أصل نسبة القول الثالث إلى الأعلام فيه تشكيك بالإضافة إلى كون المسألة عقلية لا مسرح للعُرف فيها.

هذا ولكن السيد الشهيدؒ ذهب إلى عدم الامتناع عرفاً في كل مورد يثبت فيه عدم الامتناع عقلاً، وبعبارة أخرى لم يجد هناك امتناع عُرفي قباله جواز عقلي، بل كل امتناع عرفي هو امتناع عقلي ووجه ذلك يقول:

> إنّ الامتناع العقلي على ما بيناه إنما هو بلحاظ مبادئ الحكم من الحب والبغض والإرادة والكراهة، والإنسان العُرفي يعيش هذه الحالات بحسب وجدانه ويمر في حياته حتماً بعناوين يحب بعضها ويبغض بعضها الآخر، وقد يجتمعان في مورد واحد، فإذا كان عقلاً يجوز ذلك، فالإنسان العُرفي سوف يحس بوجدانه حتما إمكان أن يجتمع الحب والبغض في مورد على شيء واحد بعنوانين فيذعن بإمكانه وعدم امتناعه.[٢]

وهذا الكلام تام إذا افترضنا عدم المسامحة العُرفية في المورد الذي يتحقق الاجتماع فيه، والعُرف لا يرى ذلك على أنه اجتماع في الفرد الواحد، أما إذا أخطأ العُرف في

---

١. مطارح الأنظار (تقريرات الشيخ الأنصاري كتبها الشيخ الميرزا أبو القاسم بن محمد بن علي النوري الطهراني المعروف بكلانتري)، ص ١٣٠.

٢. بحوث في علم الأصول، ج٣، ص٥٣.

تحديد المورد وأنه فرد واحد ليس له جهات فيلتبس عليه الأمر ويحكم بالامتناع مع أن العقل يحكم بالجواز.

ورفض السيد الخوئي‌ﷺ نظر العُرف هنا بحجة أن المورد ليس من موارد تحديد المفهوم، فقال: «لا معنى لأن يقال إن القول بالامتناع في المسألة يرتكز على نظر العُرف، والقول بالجواز فيها يرتكز على نظر العقل، والوجه فيه هو ما ذكرناه غير مرة من أن نظر العُرف إنما يكون متبعاً في مقام تعيين مفاهيم الألفاظ سعة وضيقاً لا في مثل مسألتنا هذه، حيث أنه لا صلة لها بعالم اللفظ أبداً، وليس البحث فيها عن تعيين مفهوم الأمر ومفهوم النهي، والبحث فيها إنما هو عن سراية النهي من متعلقه إلى ما تعلق به الأمر وعدم سرايته، وقد تقدم أنهما ترتكزان على وحدة المجمع في مورد التصادف والاجتماع وتعدده فيه، فإن كان واحداً بحسب الواقع والحقيقة فلا مناص عن القول بالامتناع والسراية، وإن كان متعدداً في الواقع فعندئذٍ لو قلنا بأن الحكم الثابت لأحد المتلازمين يسري إلى الملازم الآخر، فلا مناص من القول بالامتناع، ولكن هذا مجرد فرض لا واقع له أصلاً، وأما إذا قلنا أنه لا يسري إلى الملازم الآخر كما هو الصحيح فلابد من الالتزام بالقول بالجواز وعدم السراية، ومن الطبيعي أن الملاك في السراية وعدمها وحدة المجمع وتعدده إنما هو بنظر العقل».

وجاء السيد بالتوجيهات المذكورة لأصل هذا القول وهي:

التوجيه الأول: إن نظر العُرف مبني على المسامحة فيرى المجمع واحد مع أنه عقلاً متعدد.

وأجاب السيد بأن العُرف مرجع في تحديد المفاهيم لا في تطبيقها على مصاديقها والمورد المذكور من التطبيقات لا من تحديد المفاهيم.

التوجيه الثاني: إنّ العُرف بعدما لاحظ دليل وجوب الصلاة مثلاً ودليل الغصب يرى أن دليل وجوب الصلاة مخصص من الأول بعدم شموله للفرد الواقع في المكان المغصوب، فالواجب من دليل الصلاة في نظر العُرف هو حصة خاصة وهي تلك التي

لا تقع في المكان المغصوب وهذا معنى امتناع اجتماع الأمر والنهي عرفاً.

وأجاب السيد الخوئي على هذا التوجيه بعدة أجوبه:

الأول: إنّ هذا التوجيه أجنبي عن محل البحث، لأن محل البحث يفترض أولاً وجود إطلاق لمتعلق الأمر والنهي يشمل حتى مورد التصادق والاجتماع وهذا الفرض لا يسلم بهذا الإطلاق من الأول: ولهذا قال: وأما إذا فرض أن الأمر من الأول تعلق بحصة خاصة من الصلاة وهي الحصة التي لا تكون في الأرض المغصوبة، فلا موضوع وقتئذ للنزاع في المسألة في جواز الاجتماع وعدم جوازه؛[1]

ثانياً: فساد أصل الدعوى، لأنّ العُرف لا يفهم من الأمر المتعلق بالصلاة بأنه مقيد ومضيق؛ لأنّ هذا الأخير يحتاج إلى دليل ولا دليل عليه؛

ثالثاً: ما دل على حرمة التصرف في أرض الغير لا يصلح للتقيد لأدلة وجوب الصلاة مثلاً؛ لأنّ النسبة بينهما ليست كنسبة الخاص إلى العام والمقيد إلى المطلق.

وهناك عدة موارد للتأمل في هذه الكلمات المتقدمة وهي:

أولاً: لا يوجد مانع بالامتناع العُرفي بتوجيه أن العُرف بعدما يطلع على دليل وجوب الصلاة وعلى دليل الغصب يفهم من تلك الأدلة أن وجوب الصلاة مضيق ومقيد بغير الفرد الواقع في الأرض المغصوبة، وهذا من حقه؛ لأنّ الإطلاق في دليل وجوب الصلاة الذي بني عليه الاجتماع لا محل له في نظر العُرف الذي يعتبر حجة في مثله؛ لأن مرده إلى باب المفاهيم فالعُرف يخصص ويضيق مفهوم دليل وجوب الصلاة بغير الفرد الواقع في الغصب حتى لو لم تكن النسبة بين الدليلين الإطلاق والتقيد والخاص والعام، بعبارة أخرى: هناك مصداق آخر في متفاهم العُرف في باب المفاهيم وهو ملاحظة الدليل ورؤية امتناع اجتماعهما من خلال تضييق مفهوم الوجوب للصلاة كما هو مثالنا؛

---

١. محاظرات، ج٤، ص١٨٥.

ثانياً: الرد الأول للسيد الخوئي بافتراض وجود إطلاق لكلا الدليلين، والدعوى تنفي ذلك من أول الأمر، لا ضير فيه؛ لأنّ الإطلاق من صفات اللفظ والعُرف رأيه حجة هنا فإذا رأى عدم وجود إطلاق فلابد من إتباعه في رأيه خصوصاً وأنه لاحظ ذلك بمعونة دليل الغصب، ومن خلال الملازمات العرفية للتطبيق والتي تؤول إلى التأثير على المفهوم؛

ثالثا: وأما قوله أن التضييق والتقييد يحتاج إلى دليل ولا دليل.

أقول: العُرف والمتفاهم العُرفي هو الدليل على وجود مثل هذا التضييق بعد ملاحظة كلا الدليلين، أي دليل وجوب الصلاة ودليل النهي عن الغصب.

فدعوى الامتناع العُرفي بناء على التوجيه الثاني قد تكون مسلمة وقوية، ولكن يبقى التشكيك في بناء العُرف على ذلك بعد ملاحظة كلا الدليلين.

ولابدّ من القول في نهاية هذه الموارد ان العلماء ذكروا لهذه الموارد توجيهات متعددة منها تعليق الحكم على المصاديق العرفية من أول الأمر، ومنها إرجاع دفة النقاش فيها إلى المفهوم، ولكن لم يقبل بهذا التوجيه أصحاب النظرية الثانية كما هو الظاهر من كلماتهم.

أما السيد الشهيد حاول تضييق مساحة هذه النظرية وحصرها في حجية العُرف في باب التطبيق إذا كان المورد إنشائياً لا إخبارياً فقال:

> إن نظر العُرف المسامحي إنما يكون حجة في موردين:
>
> **الأول**: في باب المفاهيم وتحديد الدلالات؛
>
> **الثاني**: في باب التطبيق إذا كان نظره إنشائياً لا إخبارياً كما إذا قلنا بأن أسامي المعاملات وضعت بازاء المسببات لا الأسباب، فإنّ العُرف لو شخص صحة معاملة المعاطاة مثلاً كانت بيعاً، وأما في المقام فحيث أن النظر العُرفي إخباري في مجال التطبيق فمع خطأه دقة وعقلاً لا حجية لنظره.[1]

---

١. بحوث في علم الأصول، ج٦، ص١٩٣.

ويقصد من قوله «في المقام» هو حجية الأصل المثبت مع الواسطة، ولكن السيد الهاشمي أشكل على أُستاذه بأن نظر العُرف في باب التطبيق بنحو الأخبار ليس بحجّة أصلاً لا يخلو من إشكال،[1] وذكر السيد الهاشمي بعض الموارد لذلك كمفهوم الدم وغيره.

ويمكن أن يقال في مثل هذه الموارد أن الشارع قد علق حكمه على المصاديق العُرفية لا أن للعُرف مرجعية في باب الأخبار حتى من دون تلك الاستفادة المذكورة.

ولكن المتأمل في كلماتهم يجد صعوبة في حصر النظرية بحالة كون النظر العُرفي إنشائياً فقط، خصوصاً بعد ملاحظة الدليل الذي ذكروه لمرجعية العُرف في باب المفاهيم وتطبيقاتها، يقول السيد الإمام:

> والسر في ذلك أن الشارع لا يكون في إلقاء الأحكام على الأمة إلّا كسائر الناس، ويكون في محاوراته وخطاباته كمحاورات بعض الناس بعضاً، فكما أن المقنن العُرفي إذا حكم بنجاسة الدم لا يكون موضوعها إلّا ما يفهمه العُرف مفهوماً ومصداقاً فلا يكون اللون دماً عنده... كذلك الشارع بالنسبة إلى قوانينه الملقاة إلى العُرف فالمفهومات عُرفية وتشخيص مصاديقها أيضاً كذلك.[2]

سواء كان ذلك في التطبيق الإنشائي أو الأخباري، ثم نظّر السيد لهذا الكلام بالتفريق بين التسامح العُرفي مقابل الدقة العقلية البرهانية وبين التسامح العُرفي مقابل دقة العُرف، وجعل المرجع هو الأول أي التسامح العُرفي مقابل الدقة العقلية البرهانية في المفهوم والمصداق وليس الثاني هو التسامح العُرفي مقابل دقة العُرف فقال:

> وليس من كون تشخيص المفاهيم ومصاديقها موكولاً إلى العُرف هو التسامح العُرفي، فالتسامح العُرفي في مقابل الدقة العقلية البرهانية لا في مقابل دقة العُرف.[3]

---

١. المصدر اعلاه، الهامش رقم ١.

٢. السيد الخميني، الرسائل، ج ١، ص ١٨٤.

٣. المصدرالسابق، ص ٢٢٩.

ولم يخفَ على السيد أن التسامح العُرفي مقابل الدقة العُرفية مستعمل كثيراً في موارد التخاطب، أي تحديد مفاهيم الألفاظ، ولهذا استثنى من موارد التسامح العُرفي مقابل الدقة العقلية البرهانية بعض موارد التخاطب بين المتكلم والمخاطب لما فيها من تسامح عرفي مقابل دقة عُرفية لا مقابل دقة برهانية عقلية فقال:

نعم قد يكون بين المتكلم والمخاطب في عُرف التخاطب وتعارف التكلم بعض المسامحات التي تكون مغفول عنها لديهم حال التكلم ويحتاج التوجه إليها إلى زيادة نظر ودقة ومع الدقة أو النظرة الثانية يتوجه المتكلم والمخاطب إلى التسامح ففي مثل ذلك يكون المعنى المتفاهم ابتدأ موضوعاً للحكم، ثم ضرب السيد مثالاً لذلك فقال:

فإذا قال المولى: «إذا قمت إلى الصلاة فول وجهك شطر المسجد الحرام» لا يفهم المخاطب من هذا الكلام إلّا استقبال المسجد بنحو المتعارف، وان كانت الدقة العُرفية تقتضي كونه أضيق ما هو المتفاهم عرفاً فالمناط في أمثاله هو التفاهم العُرفي لا الدقة العقلية.

ثم أعطى السيد المرجعية للتسامح العُرفي مقابل الدقة البرهانية في تشخيص المفاهيم ومصاديقها وكيفية صدقها معللاً ذلك بأن الشارع في مخاطباته لم يشذ عما هو متعارف في العُرف فقال: ثم أنه لا إشكال في أن الميزان في تشخيص جميع المفاهيم ومصاديقها وكيفية صدقها عليها هو العُرف؛ لأنّ الشارع كأحد من العُرف في المخاطبات والمحاورات وليس له اصطلاح خاص ولا طريقة خاصة في إلقاء الكلام إلى المخاطب، فكما يفهم أهل المحاورات من قول بعضهم اجتنب عن الدم أو اغسل ثوبك من البول، يفهم من قول الشارع أيضاً وليس مخاطبة الشارع مع الناس إلّا كمخاطبة بعضهم بعضاً.. كما أن العُرف مُحكَّم في تشخيص المفاهيم مُحكَّم في صدقها على المصاديق وتشخيص مصاديقها، فما ليس بمصداق عرفاً ليس بمصداق للموضوع المحكوم بالحكم الشرعي، فما أفاده المحقق الخراساني من أن تشخيص المصاديق ليس موكولاً إلى العُرف وتبعه غيره ليس على ما ينبغي،

فالحق ما ذكرنا تبعاً لشيخنا العلامة أعلى الله مقامه.[1] وفي كلام السيد عدّة مواضع يمكن التأمل فيها وهي:

١. إن الدليل الذي ذكره أخيراً من أن الشارع كأحد في العُرف في مخاطباته ومحاوراته لا يثبت المدعى وهو الدقة العُرفية التي صرح بها السيد، بل لعل المتفاهم بين العُرف في كثير من الأحيان قائم عل التسامح العُرفي مقابل الدقة العُرفية لا مقابل الدقة العقلية البرهانية؛

٢. لا يمكن أن نتصور تسامح عُرفي مقابل دقة عقلية برهانية قبال تسامح عُرفي مقابل دقة عُرفية، فأما أن يكون تسامح عُرفي، وأما ان يكون دقة عقلية برهانية، وما ذكره من الأمثلة كلها بضرب من الضروب تعود إلى التسامح العُرفي، فمثلا موضوع الدم فهو عند العُرف في حال ذهاب اشتدايته ليس دماً ولكن بمجرد تنبيه العُرف إلى أن مصدر هذا اللون هو الدم السابق يتنبه ويحكم بالدقة ويتراجع عن مسامحته وكذلك غيره من الأمثلة؛

٣. يمكن تجنب الرجوع إلى العُرف في ما ذكره السيد في التطبيقات عن طريق جعل مواضيع الأحكام عُرفية، فالحكم انصب على موضوع المرجع في تحديده إلى العُرف من أول الأمر لا أن العُرف مرجع في تحديد مصاديقه من دون نظر إلى الموضوع العُرفي عند صب الحكم أولاً، فالشارع صب حكم النجاسة على الدم العُرفي لا على الدم الذي يدخل فيه ذلك اللون المتبقي، ولعل اعتراف السيد بهذا في موارد التخاطب يؤيد ما قلناه أي ما هو المتفاهم بين العُرف حتى لو كان تسامحياً هو الموضوع للحكم، فمثلاً عندما يقول الشارع «إذا قمت للصلاة فول وجهك شطر المسجد الحرام» ليس المراد منه أن الأمر بالتوجه انصب على التوجه الدقيق، وتسامح العُرف في ذلك، وبمعنى أخر ليس المراد إنزّال هذه الأوامر على المعاني النفس الأمرية، بل المراد هو ان الأمر بالتوجه انصب على ما هو المتفاهم عرفاً من التوجه

---

١. المصدر السابق، ص٢٢٨، ٢٢٩.

والاستقبال من أول الأمر حتى لا يصبح للعُرف مرجعية في تحديد المصاديق رأساً وهذا ما تنبه له السيد الأمام عندما استثنى موارد التخاطب من الدقة العُرفية المقابلة للدقة البرهانية.

ويمكن أن يقال أيضاً: إنّ هناك ملازمات عُرفية تلقي بضلالها على الفهم العام لألفاظ الأدلة حتى في مرحلة التطبيق، ففهم العُرف بأن التوجه إلى الشيء لا يستلزم تحديد ذلك الشيء بشكل دقيق، وهذا الفهم يلقي بضلاله على دليل الاستقبال للمسجد لأداء الصلاة، بحيث تكون موارد الاستقبال أعم من التوجه الدقيق وبالتالي يرجع إلى تحديد المفاهيم.

وتطرق السيد سعيد الحكيم(حفظه الله) إلى هذه النظرية بعدما حلل موضوع الاستصحاب في القضية المتيقنة والمشكوكة بأننا إذا شككنا في العنوان المأخوذ في القضية الشرعية، فتارةً ينبع هذا الشك من الشك في مفهوم ذلك العنوان كالشك في مفهوم الحج أو الصلاة أو الغناء وأخرى ينبع من الشك في تطبيقه بعد وضوح مفهومه، كالشك في تحقق البيع وعدمه بعد وضوح مفهوم البيع، وكذلك الشك في تحقق الطلاق وعدمه وفي كلا الأمرين كما ذكر السيد إن أمكن الرجوع إلى الشارع فبها وإلّا إذا لم يتعرض الشارع لذلك فالرجوع إلى العُرف، ولكن ليس العُرف التسامحي، بل العُرف الدقي، ودليله في ذلك هو الإطلاق المقامي بعد كون القضية يتوقف العمل بها على تحديد مفهومها، أو تطبيقه مع فرض عدم تعرض الشارع لذلك، وإمكان تحديدها للعُرف، وحكم السيد بالتوقف والرجوع إلى الأصول والقواعد في حالة عجز العُرف عن تشخيص المفهوم أو المصداق فقال:

> ولو فرض عدم تيسر تشخيص المفهوم أو المصداق للعُرف لخفاء الحال عليهم في مورد لزم التوقف عن العمل بالدليل فيه والرجوع لمقتضى الأصول والقواعد الأُخرى.[1]

---

١. السيد محمد سعيد الحكيم، المحكم في أصول الفقه، ج٥، ص١٠٥، ١٠٦.

ثم جعل السيد النظر العُرفي الدقيق هو الواسطة بين اللحاظات الثلاثة أي اللحاظ العُرفي والعقلي والدليلي فقال: وما يظهر منهم من التقابل بين النظر التسامحي والتدقيق العقلي، ومفاد الدليل في غير محله بل هناك واسطة بين الجميع وهو النظر الحقيقي العُرفي بعد الرجوع للدليل للارتكازيات عند فقده كما هو الحال في تطبيق سائر العناوين الشرعية.[١]

وفي كلام السيد مواضع للتأمل:

أولاً: إنه لا مانع من الرجوع إلى التحديدات العقلية في مقام التطبيق بعد الرجوع إلى العُرف في مقام تحديد المفاهيم، حتى مع عدم بيان الشارع لتلك المصاديق، لأن مقتضى الإطلاق المقامي لا ينفع أكثر من إرجاع تحديد المفهوم إلى العُرف؛ لأنّ الشارع قاصد العُرف في خطاباته ومحاوراته، وأما المصداق فلا معنى لتحكيم العُرف فيه لعدم إحاطة العُرف للخصوصيات الدقيقة في المصاديق، فعدم اطلاع العُرف على صدق المفهوم على بعض المصاديق لا يضر في إخراج المصداق عن ذلك المفهوم، فإن التطبيق يتبع فيه النظر العقلي الدقيق، فحتى لو قلنا بأن هذه القضية عملية يتوقف العمل بها على تحديد مفهومها ومصداقها، وأطلق الشارع ولم يحدد المفهوم أو المصداق، ولم يوكلنا إلى عرف أو مفاد الدليل أو نظر عقلي، فتارة نقول: إنّ الشارع بإطلاقه يريد أن يوكلنا إلى العُرف في تحديد المفهوم والمصداق لأنه كأحد منهم في القاء مخاطباتهم، وأخرى أنه يريد إيكالنا إلى العُرف في مقام تحديد المفهوم فقط، وأما في مقام بيان المصداق لم يكن العُرف داخلاً في غرضه، فنرجع فيه إلى النظر العقلي، فقد يكون هناك مصداقاً لا يراه العُرف لخفاء بعض الخصوصيات فلا عبرة بعدم رؤيتهم بعد حكمهم بالمفهوم وحدوده، فبعدما يحدد العُرف مفهوم قضية معينة أو يحدد الشرع ذلك المفهوم، فلا معنى لنظر العُرف حتى لو كان دقيقاً في إخراج مصداق يشمله ذلك المفهوم، نعم إلّا إذا استفدنا من الدليل بقرينة أو بأخرى اعتبار النظر العُرفي في تحديد المفهوم والمصداق على أن لا تكون تلك

---

١. المحكم في أصول الفقه، ج٥، ص١٠٨.

القرينة هو الإطلاق المقامي؛ لأنّ أقصى ما يفيدنا هو إيكال القضية فيه إلى العُرف لتحديد مفهومها فقط.

وبعبارة أخرى أن عدم اعتبار مصداق من المصاديق بعد كون المفهوم مبيناً إما لعدم شمول المفهوم له، أو لأن كيفية شموله خفية، فأما الأول فلا كلام فيه، وأما الثاني فالحكم بعدم شموله هو تسامح في التطبيق وإن كان هذا التسامح خفي المورد.

ثانياً: لا يمكن الحكم بأن اللحاظ العُرفي الدقيق هو الجامع والواسطة بين اللحاظ الدليلي والعقلي والعُرفي، نعم قد يكون جامع بين مفاد الدليل وبين النظر العُرفي بناءً على كون النظر في مفاد الدليل معناه هو الظهور الأولي بحسب ما يراه العُرف من مرتكزات فيجتمع مع النظر العُرفي، ولكن هذا المعنى قد رفضه السيد(حفظه الله) عندما بحث عن مستندات أولئك الذين حكّموا العُرف في الاتحاد بين القضية المتيقنة والمشكوكة فقال هناك.

> كما أن الرجوع للدليل ليس بالنظر لظهوره البدوي، بل ظهوره المستقر الثابت بعد ملاحظة جميع القرائن ومنها المناسبات الإرتكازية مما لا يبتني به التسامح المحتاج للعناية.[1]

فالنظر الدليلي ليس هو نظر العُرف في محاوراتهم ومخاطباتهم، نعم هو نظر العُرف من خلال ملاحظة المرتكزات ومناسبات الحكم والموضوع وغير ذلك من القرائن، وبهذا الاعتبار يمكن أن توحد بين النظر الدليلي والنظر العُرفي، أما بالاعتبار الأول هو النظر العُرفي البدوي وهو غير النظر الدليلي.

وكيف كان فالنظرية الثانية تعطي للعُرف مرجعية في تحديد المفاهيم والمصاديق بعد عدم تكفل الشارع تحديدها وبيانها، ولهذا يقول الشيخ عبد الكريم الحائري:

> أما بناءً على كونها موضوعة للأسباب من دون ملاحظة حصول الأثر فواضح، وأما على القول بكونها موضوعة لخصوص الأسباب المؤثرة للأثر أو موضوعة

---

١. المصدرالسابق، ص١٠١.

لنفس السبب فلأن لمفاهيمها مصاديق عُرفية والأحكام المتعلقة بالعناوين في القضية اللفظية التي وردت لبيان تفهيم المراد تحمل على المصاديق العُرفية لها وبعد تعلق الحكم في القضية اللفظية بالمصاديق العُرفية يستكشف أن الشيء الذي يحكم العُرف بأنه مصداق يراه الشارع مصداقاً أيضاً.[١]

وقال أيضاً:

«لأن الأحكام المتعلقة بالعناوين تتعلق بها بلحاظ مصاديقها العُرفية؛ لأنّ الشارع إنّما يتكلم بلسان العُرف وهو حين التكلم كأحد من العُرف، فإذا قال أحد من أهل العُرف لآخر لا تنقض اليقين بالشك يُحمل كلامه على ما هو نقض عند أهل العُرف».

ثم وجه كلامه المتقدم بشكل دقيق بعد الاستشكال عليه بعدم جواز كون العُرف مرجعاً عند العلم بخطئه فقال:

إن ذلك ناشئ عن الغفلة؛ إذ بناءً على ما قلناه ليس موضوع الحكم واقعاً وبالدقة العقلية إلّا ما هو مصداق للعناوين بنظر العُرف.[٢]

فالأحكام بعضها عُلق على عناوين بلحاظ مصاديقها العُرفية ولهذا يُحتمل أن قوله تعالى: ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَـٰهِلِينَ﴾،[٣] هي التفاته إلى التطبيق العُرفي لإحراز بعض المواضيع، وهذا ما نراه جلياً في إحراز موضوع الدم والرشد والضرر وغير ذلك من المواضيع التي يصنع العُرف إطارها في مقام التطبيق من غير أن يؤثر على طبيعتها ومحتواها، فعلى الرغم من بقاء أثر الدم يحكم العُرف بعدم صدقه، ويرتب الشارع على ذلك الحكم آثاره الشرعية ناهيك عن الرشد المتغير زماناً وبيئة، والضرر كذلك، فالعُرف له دور في تطبيق المادة القانونية سماوية أو وضعية بشكل يضفي عليها بريقاً ينسجم مع مكوناته وتركيبه بشرط أن لا يخرجها عن طبيعتها ومحتواها.

---

١. درر الفوائد، ج١، ص٢٥. ٢. الشيخ الحائري، درر الفوائد، ج٢، ص٢١٢.
٣. الأعراف، ١٩٩.

٨

دور العُرف في المباحث الأصولية

يحتوي علم الأصول على مباحث تمهد عملية الاستنباط للحكم الشرعي، أو علـى الأقل تقع في طريق استنباط ذلك الحكم، ولم تخل تلك المباحث من الاعتماد على العُرف في أغلب فصولها كما اعتمدت على علوم أخرى كالفلسفة والكلام وما شابه ذلك، ولا يستطيع الباحث ان يجزم وبضرس قاطع أنه تـابع كـل مـباحث الأصـول وأحصى مدى اعتمادها على العُرف، لانتفاخ هذا العلم يوماً بعد يـوماً تـبعاً لتـطور الحاجة الفقهية له، ولقد ارتئينا في هـذا البـحث أن نأخـذ مـجموعة مـن البـحوث الأصولية التي دخل العُرف في نتائج حساباتها بحيث أثر على النتيجة النهائية بشكل واضح، ومن هذه البحوث:

١. دور العُرف في ظواهر الألفاظ؛

٢. دور العُرف في مبحث الاجتهاد والتقليد؛

٣. دور العُرف في مبحث الاستصحاب؛

٤. دور العُرف في مبحث التعارض.

دور العُرف في ظواهر الألفاظ

حمل العُرف بين طياته نوعين من المستويات لفهم ظاهر اللفظ:

المستوى الأول: الفهم الساذج؛

المستوى الثاني: الفهم التحليلي التركيبي.

واختلف الفقهاء في تحكيم أي من القسمين أعلاه في فهم محتويات النص الديني، كتاباً وسنّة، فمن حكمّ الأول اعتبر العلوم اللغوية كالبيان والبديع والإشارة وغيرهما ضرباً من التأويل في فهم ألفاظ الروايات، بخلاف الثاني الذي يُعتبر علماً تفصيلياً لعلوم اللغة مستل من العلم الاجمالي البسيط الساذج المودع في الفهم العُرفي العام، ولغرض جلاء الصورة بشكل واضح لابدّ من ذكر الموارد التي تعرض لها الفقهاء والأصوليون واستكشاف حقيقة الأمر.

فمثلاً نجد أن الشيخ الطوسي بعدما أقر بقدرة العُرف على نقل الألفاظ من معانيها اللغوية إلى معاني عُرفية جديدة عندما قال:

> وقد انتقلت اسماء كثير عما كانت عليه في اللغة إلى العُرف تارة، وإلى الشريعة أخرى، فما انتقل منه إلى العُرف نحو قولنا دابة وغائط. فإن هذا وإن كان اسماً في اللغة لكل ما يدب، وللمكان المطمئن من الأرض منه، صار بالعُرف عبارة عن حيوان مخصوص أو حدث مخصوص.[1]

بعد ذكره لذلك حمل الخطاب الوارد من الله تعالى أو من النبيﷺ على العُرف إذا كانت له حقيقة فيه فقال:

> وإن كان له حقيقة في اللغة وصار في العُرف حقيقة في غيره، وجب حمله على ما تعورف في العُرف.[2]

ونحن لا نعترض على حمل اللفظ عندما تكون له حقيقة عُرفية على العُرف، ولكن يجب ان لايتهم من يريد تطبيق العلوم اللغوية على اللفظ بالتأويل بحجّة مخالفته للحقيقة العُرفية، ولهذا نجد أن الشيخ نفسه حاول أن يوفق بين المراد اللغوي والمراد العُرفي بجعل كليهما مراداً للشارع إذا تحققا في معنى واحد فقال:

---

١. الشيخ الطوسي، عدّة الأصول، ص ١٧٠.

٢. المصدر السابق، ص١٧٣.

ومتى كان اللفظ يفيد في اللغة شيئاً وفي العُرف شيئاً آخر لا يمتنع ان يريدهما معاً.[١]

ولكن المتتبع لكلمات القوم يجد أنها تتحرك باتجاه تحكيم الفهم الساذج البسيط في فهم النصوص، ولعل كلمة المحقق القمي يُشم منها رائحة ذلك بشكل جلي عندما قال:

قالوا: إنّ الفقيه متهم في حدسه بالنسبة إلى العُرف، وإن كان هو من أهل العُرف لكثرة وفور الاحتمالات، وغلبة مزاولة المخالفة من الاستعمالات مع ما يستحسنه من المنافيات من جهة الدلالة العقلية والنقلية، فلذلك قد يدعى أن الأمر بالشيء لا يدل على النهي عن ضده الخاص عرفاً بأحد من الدلالات كما هو الحقّ، ويدعي آخر دلالته، لما التبس عليه الأمر من جهة الأدلة العقلية التي قرّبت إليه مقصوده، وكذلك في مقدمة الواجب، فلابدّ أن يرجع إلى عُرف عوام العرب فإنّهم هم الذين لا يفهمون شيئاً إلا من جهة نفس وضع اللفظ، فالفقيه حينئذ كالجاهل بالاصطلاح.[٢]

وإذ تجاوزنا التنظير إلى التطبيق نجد أن المحقق القمي‌ؒ قد طبق هذا المعنى المتقدم عندما حكم بجواز نقل الحديث بالمعنى ولم يعطِ للفظ خصوصية واستدل على ذلك بالعُرف مع أن خصوصيات اللفظ كثيرة عند أهل الميزان في فهم المعنى، فقالؒ:

إنّ ذلك ـ يعني جواز نقل الحديث بالمعنى ـ، هو الطريق المعهودة في العُرف والعادة من لدن آدم على نبينا وآله وعليه السلام إلى زماننا هذا، والشارع أيضاً بناؤه في المحاورات على طريقة العُرف والعادة، فإنّ المقصود في العُرف والعادة هو افهام المراد من دون اعتبار خصوصية لفظ، وأنه مرسل بلسان قومه، ومن ذلك الراوي إلى العجمي باللسان العجمية، وكذا الناقل من المجتهد إلى أهله وعياله، والأخبار الواردة عنهمؑ.[٣]

---

١. المصدر السابق، ص٣٢٣. ٢. المحقق القمي، قوانين الاصول، ص١٤.

٣. المصدر السابق، ص٤٨١.

أما ابن إدريسﷺ قد رجح تقديم العلوم النحوية واللغوية على المنقولات العُرفية، فلو حلف شخص على أن لا يأكل بيض فهل يحنث بأكل البيوض في بطون بعض الطيور، والتي لا يطلق عليها اسم البيض عرفاً، فقال:

والذي يقتضيه مذهبنا أن يحنث بأكل جميع ما يطلق عليه اسم البيض؛ لأنّ البيض يقع حقيقة على جميع ذلك، والأيمان عندنا تتعلق بحقائق الأشياء ومخارج الأفعال والأسماء، ولا يرجع إلى المعاني، فإنما هذه تخريجات المخالفين وقياساتهم، فإذا كان اسم البيض يطلق على بيض السمك حقيقة، وجب ان يتعلق الأيمان به وتطلق عليه، وطريقة الاحتياط أيضاً تقتضيه.[١]

ولم يَعولْ ابن إدريسﷺ على تمسكه بالحقيقة اللغوية إلّا في بعض الموارد لوجود قرينة في المقام تقتضي ذلك كما صرح،[٢] وظل متمسكاً بالوضع اللغوي حتى في الموارد التي يصعب التمسك بها، فقال: إذا قال الخليفة أو الملك: والله لأضربنّ عبدي، ثم أمر به فضربه، لم يحنث.[٣]

فالعُرف وإن اعتبر الأمر هو الضارب ولكن تمسك ابن إدريس بالوضع جعله يعتبر المباشر هو الضارب، وليس الأمّر ولهذا حكم بعدم الحنث هنا.

وفي نهاية المطاف نقول: إن اتباع الفهم الأول البسيط الاجمالي سوف يؤدي إلى الاختلاف في فهم ظواهر الألفاظ من مكان لآخر ومن زمان لآخر، بخلافه إذا اتبعنا الفهم التحليلي التركيبي الكامن في الفهم البسيط لأننا في الثاني سنحاول الغوص في اعماق العلوم اللغوية والنحوية لايجاد مشتركات تجمع الاختلاف.

دور العُرف في مبحث الاستصحاب

عُرف الاستصحاب لغةٍ بمعنى الملازمة؛ إذ قال في المجمع: واستصحب الشيء لازمه، واستصحبت الكتاب وغيره حملته صحبتي، ومن هذا القبيل استصحاب

---

١. ابن إدريس الحلي، السرائر، ج٣، ص٥١.
٢. المصدر السابق، ص٥٤.
٣. المصدر السابق، ص٥٠.

الحال، إذا تمسكت بما كان ثابتاً كأنك جعلت تلك الحال مصاحبة غير مفارقة.[١]

أما اصطلاحاً، فقد عرفه الشيخ في الزبدة فقال:

> إثبات الحكم في الزمان الثاني تعويلاً على ثبوته في الزمان الأول، وعرّفه الفاضل التوني في الوافية بأنه: التمسك بثبوت ما ثبت في وقت أو حال على بقائه فيما بعد ذلك الوقت أو غير تلك الحال.[٢]

فهذه التعاريف وإن اختلفت في صياغة الألفاظ لكنها اتحدت على إرادة معنى واحد أشار إليه الآخوند الخراساني فقال: «هو الحكم ببقاء حكم أو موضوع ذي حكم شك في بقائه».[٣]

وقد عدّ الخراساني الأحكام العُرفية للعقلاء من مستندات هذا المعنى للاستصحاب، فقال: أما من جهة بناء العقلاء على ذلك في أحكامهم العُرفية مطلقاً.[٤]

ويحتوي الاستصحاب على مباحث متنوعة ومتعددة وسوف نقتصر هنا على خصوص المباحث التي دخل العُرف في صلب معادلاتها ومنها:

١. الأصل المثبت وأثر العُرف فيه؛

٢. اتحاد القضية المتيقنة والمشكوكة؛

٣. النسبة بين الموضوع العقلي والعُرفي والدليلي.

١. الأصل المثبت وأثر العُرف فيه

الأصل المثبت: هو فيما إذا كان للمستصحب لازم عقلي أو عادي وكان لذلك اللازم أثر شرعي، فهل يترتب ذلك الأثر الشرعي على مجرد استصحاب ملزومه أم لا؟ فإذا ترتب قيل بحجية الأصل المثبت وإلّا فلا.

مثال اللازم العقلي: ملاقاة الثوب المتنجس للماء الذي شك في بقائه على الكرية

---

١. المروج، منتهى الدراية، ج٧، ص٥.

٢. المصدر السابق، ص٧.

٣. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول، ص٣٨٤.

٤. المصدر السابق، ص٣٨٤.

فإن استصحاب كريته إلى زمان الملاقاة يلزم منه عقلاً ملاقاة الثوب للماء في حال الكرية، ويترتب عليه طهارة الثوب التي هي أثر شرعي للازم العقلي، وبعبارة أخرى فإن المستصحب هو كرية الماء ولازمه العقلي هو ملاقاة الثوب له حال الكرية، والأثر الشرعي المترتب على هذا اللازم العقلي هو طهارة الثوب.

مثال اللازم العادي: هو ما إذا غاب شخص وبعد مدة شككنا بوجوده أم لا؟ فنستصحب وجوده وحياته، ولازم ذلك عادةً هو نبات لحيته ويترتب على نبات اللحية ـ والتي هي لازم عادي لبقاء حياة الشخص ـ آثار شرعية كحرمة حلقها مثلاً، ومحل النزاع بين الإعلام هو أن الاستصحاب هل يثبت الآثار الشرعية المترتبة على المستصحب مع الواسطة العقلية أو العادية كما يثبت الآثار الشرعية المترتبة عليه بلا واسطة أم لا يثبت ذلك؟

وقبل الإجابة على ذلك لابدّ من التنبيه على أن الاختلاف بين من قال بحجية الأصل المثبت، ومن قال بالعدم ناشئ من أن مستند الأصحاب هو الأخبار المذكورة في الباب، وإلّا إذا كان مستند اعتبار الاستصحاب هو الظن الحاصل منه فلا أحد ينكر حجية الأصول المثبتة، وكما يقول الشيخ الأعظم: إنه لو قلنا باعتبار الاستصحاب من باب الظن لم يكن مناص عن الالتزام بالأصول المثبتة لعدم إنفكاك الظن عن الظن باللازم شرعياً كان أو غيره[1] وعلق الشيخ الاعتمادي على ذلك بقوله:

> وأما بناءً على الظن فالمثبت أيضاً حجّة؛ لأنّ معنى حجية الظن الإستصحابي عند العقلاء هو أنهم يعملون بالظن الحاصل من الحالة السابقة، ومعنى العمل بالظن هو الأخذ به إلى أين يذهب شعاعه وبديهي أن الظن بالملزوم يوجب الظن باللازم.[2]

نعود إلى ما كنا عليه من تساؤل، يقول صاحب الكفاية: بأن التحقيق أن الأخبار إنما

١. الشيخ الأنصاري، فرائد الأصول، ج٢، ص٢٣٨.

٢. الشيخ الاعتمادي، شرح الرسائل، ج٣، ص١٦٢.

تدل على التعبد بما كان على يقين منه فشك بلحاظ ما لنفسه من آثاره وأحكامه، ولا دلالة لها بوجه على تنزيله بلوازمه التي لا يكون كذلك كما هي محل ثمرة الخلاف ولا على تنزيله بلحاظ ما له مطلقاً ولو بالواسطة، فإن المتيقن إنّما هو لحاظ آثار نفسه وأما آثار لوازمه فلا دلالة هناك على لحاظها أصلاً، وما لم يثبت لحاظها بوجه أيضاً لما كان وجه لترتيبها عليه باستصحاب كما لا يخفى.[1]

إلى هنا تبين مما تقدم أن الأصل المثبت لم يكن بحجة، ولكن الأعلام قد استثنوا بعض الصور وهي:

أ) **خفاء الواسطة**: مثال ذلك: إذا كان هناك ثوب مغسول موضوع على حائط فجاءت ريح أخذت الثوب عالياً حتى أوقعته على النجاسة، فهنا نقول أن الثوب كان رطباً والآن نشك فنستصحب الرطوبة، ومن ثم نحكم بنجاسة الثوب، ولكن النجاسة ليست أثراً للرطوبة المُستصحبة، وإنّما هي أثر للواسطة وهي سراية النجاسة إلى الثوب، وبما أن العُرف قد خفيت عليه هذا النوع من الوسائط فنحكم بالنجاسة للثوب مع أن الأصل مثبت، يقول الشيخ الخراساني:

> نعم لا يبعد ترتيب خصوص ما كان منها ـ أي من آثار لوازم المستصحب ـ محسوباً بنظر العُرف من آثار نفسه ـ أي نفس المستصحب ـ لخفاء ما بوساطته ـ أي خفاء السراية التي هي واسطة في النجاسة ـ بدعوى أن مفاد الأخبار عُرفاً ما يعمه ـ أي يعم أثر الواسطة الخفية ـ أيضاً حقيقة.[2]

وأورد على ما تقدم من كلام بأن العُرف مرجع في تشخيص المفاهيم لا في تطبيقها على مصاديقها، والمورد المذكور هو من المسامحات العُرفية في التطبيق؛ لأنّ العُرف هو الذي رتب الآثار المترتبة على الواسطة، على المستصحب مع أن الدليل يرتب الآثار على المستصحب بلا واسطة ولهذا يقول المستشكل: إن تطبيق مفهوم وجوب ترتيب الآثار بلا واسطة على المتيقن على ما يترتب على المتيقن بالواسطة الخفية

---

١. الآخوند الخراساني، كفاية الأصول، ص٤١٥. ٢. المصدرالسابق.

بالمسامحة العرفية؛ لأنّه لا دليل على اعتبار فهم العُرف في تطبيق المفهوم على المصداق مسامحة، بل لابدّ من انطباق المفهوم على المصداق حقيقة عقلاً في ترتيب أحكام المفهوم جزماً ومن المعلوم إن ترتيب الآثار مع الواسطة ليس ترتيباً للآثار بلا واسطة حقيقة، بل يكون مسامحة ولا اعتبار به.[١]

ولكن المتأمل في كلمات الشيخ الآخوند يجد الجواب على هذا الإشكال بقوله «حقيقة» والمراد منها أن أخبار الاستصحاب تشمل هذه الموارد حقيقة أي أن مفاد الأخبار عرفاً ما يعمه ـ يعم أثر الواسطة الخفية ـ أيضاً حقيقة ـ أي أن أخبار الاستصحاب تشمل هذه الموارد حقيقة لا مسامحة عرفية وبعبارة أخرى: أن الإشكال المتقدم يتم لو فرض كون المستفاد من الدليل كون التنزيل بلحاظ الأثر بلا واسطة حقيقة، أما لو كان المستفاد منه كون التنزيل بلحاظ الأثر بلا واسطة عرفاً فلا يكون خطاب التطبيق أصلاً، بل هو تشخيص للمفهوم من الدليل.[٢]

ولكن يبقى في النفس شيء من التوجيه المذكور وهو أن مفاد الدليل ليس إلّا تنزيل المشكوك منزلة المتيقن بما له من آثار نفسه لا آثار الوسائط الأُخرى أي أن دليل الاستصحاب مفاده التقيد بآثار المستصحب لا آثار الوسائط، ولهذا لو نبهنا العُرف على هذا الخفاء لتراجعنا عن تنزيل الأثر التابع للواسطة على المستصحب، ولعلّه لذلك أشار صاحب الكفاية بقوله: فافهم، وهذا ما استفاده جملة من الأعلام.[٣]

والشيخ الأنصاري أيضاً لم يستبعد جريان الاستصحاب وترتيب الثمرة في حالة خفاء الواسطة، فقال: ما إذا استصحب رطوبة النجس من المتلاقيين مع جفاف الآخر فإنه لا يبعد الحكم بنجاسته مع أن تنجسه ليس من أحكام ملاقاته للنجس رطباً، بل من أحكام سراية رطوبة النجاسة إليه وتأثيره بها.[٤]

---

١. السيد حسين البروجردي، الحاشية على لكفاية، ج٢، ص٤١٧.

٢. السيد محسن الحكيم، حقائق الأصول، ج٤، ص٤٨٥.

٣. المصدر السابق، ص٤٨٥.

٤. الشيخ الأنصاري، فرائد الأصول، ج٣، ص٢٤٤.

ب) عدم التفكيك بين المستصحب والواسطة عرفاً بحيث يُعد أثر اللازم أثراً لها

عرفاً: مثال ذلك: إذا كانت الواسطة بحيث لا يمكن التفكيك عرفاً بينها وبين المستصحب في التنزيل، فإذا نزِّل المستصحب نُزِّلت الواسطة تبعاً، فيجب ترتيب أثرها قهراً، والظاهر أن ذلك لا يكون إلّا في اللازم البين بالمعنى الأخص الذي لا ينفك تصوره عن تصور الملزوم كما في ضوء الشمس عند استصحاب قرص الشمس المترتب عليه أثره الشرعي من طهارة الأرض والحصران.[1]

ومثَّل المحقق الخراساني في حاشية الرسائل لذلك بمثال العلة والمعلول حيث لا يمكن التفكيك بينها في مقام التعبد عرفاً وأيضاً مثال المتضايفان كأبوة زيد لعمرو وبنوة عمرو له، فاستصحاب أبوة زيد لعمر يكفي في إثبات بنوة عمر له ولا يرى العُرف مغايرة بين دليليها.

ويأتي نفس الإشكال المتقدم من مرجعية العُرف في تحديد المفاهيم لا في تطبيقاتها ويأتي نفس الجواب أيضاً.

٢. وحدة القضية المتيقنة والمشكوكة

لا شك في ان جريان الاستصحاب يتوقف على وحدة القضية المتيقنة سابقاً والمشكوكة لاحقاً؛ لأنّ موضوع الاستصحاب ينحفظ بهذه الوحدة، ولكن التساؤل قد وقع عن هذه الوحدة هل هي بنظر العُرف أم بنظر العقل أم بحسب دليل الحكم؟

وهناك فارق كبير بين هذه المواضيع الثلاثة يتجلى في جريان الاستصحاب بالنسبة لبعضها دون الآخر، فإذا كانت الوحدة بنظر العقل الدقي فلا يمكن جريان الاستصحاب في الأحكام الشرعية، لأنّ الشك في الحكم ناتج من زوال بعض الخصوصيات في موضوعه التي قد تكون محتملة الدخل في صب الحكم عليه أو حدوث خصوصية في الموضوع سببت الشك في الحكم لاحتمال اشتراط عدمها

---

١. الفيروز آبادي، عناية الأصول في شرح كفاية الأصول، ج٥، ص١٧٢ بتصرف.

في صب الحكم عليه، فإذا كان الموضوع السابق واللاحق ملحوظ اتحاده بنظر العقل لا يمكننا إجراء استصحاب الأحكام لاحتمال مدخليه أي تغير في الموضوع في صب الحكم عليه هذا بالنسبة إلى الاتحاد بالنظر العقلي الدقي.

أما إذا كان الاتحاد بنظر الموضوع في دليل الحكم فاللازم هنا هو بقاء الموضوع المأخوذ في الدليل فهنا يجب الجمود على العناوين المأخوذة في لسان الأدلة فقط فإذا بقيت هذه العناوين في الفترة اللاحقة التي يحدث بها الشك يمكن الاستصحاب وإلّا فلا.

وأما إذا كان اللازم هو الاتحاد بنظر العُرف فهنا ما يراه العُرف موضوعاً هو الذي يجب حفظه فقد لا يكون الموضوع بنظر العُرف هو الموضوع المأخوذ في لسان الدليل، فمثلاً إذا ورد «العنب إذا غلى يحرم» كان العنب بحسب المفهوم هو خصوص العنب، ولكن العُرف قد يرى أن الموضوع يشمل الزبيب بحسب مرتكزاتهم العُرفية بحيث يصل الحد إلى أنهم لا يعتبرون الحكم منصب على موضوعه إذا سلبت الزبيب عن حكم العنب.[1]

فالعناوين الثلاثة المتقدمة ـ العقلي ـ العُرفي ـ الدليلي ـ مختلفة فيما بينها بجريان الاستصحاب وعدم جريانه وبالحفاظ على شكل الموضوع كما هو في لسان الدليل وعدمه فأيهما يُحكّم هنا؟

ذهب الآخوند إلى تحكيم الاتحاد العُرفي فقال:

> والتحقيق أن يقال: إن قضية إطلاق خطاب «لا تنقض» هو أن يكون بلحاظ الموضوع العُرفي؛ لأنّه المنساق من الإطلاق في المحاورات العُرفية، ومنها الخطابات الشرعية، فما لم يكن هناك دلالة على أن النهي في ـ لا تنقض ـ بنظر آخر غير هو الملحوظ في محاوراتهم، لا محيص عن الحمل على أنه بذاك اللحاظ ـ أي اللحاظ العُرفي ـ فيكون المناط في بقاء الموضوع هو الاتحاد بحسب نظر العُرف.[2]

---

١. الشيخ الخراساني، كفاية الأصول: ص٤٢٨.

٢. المصدر السابق.

فإذا كان البناء على الاتحاد العقلي، فسوف يختص الاستصحاب بالموضوعات فقط، لاحتمال أن أي شك في تغير الموضوع يؤثر على تغير الحكم المبني على ذلك الموضوع فعند الشك في تغيره يصبح الحكم أجنبياً عن موضوعه.

٣. النسبة بين الموضوع العقلي والعُرفي والدليلي

هذا المبحث هو من ثمرات التساؤل في المبحث الثاني، وأفردنا الكلام عنه لدقة التمييز بين هذه الموضوعات، وسنكتفي هنا بذكر ما قاله السيد الجزائري في هذا الخصوص، إذ قال:

> النسبة بين الموضوع العقلي والعُرفي هي عموم من وجه لتصادقها على الموضوعات كزيد إذا شك في حياته، فإن الموضوع بنظر كل من العقل والعُرف هو ماهية زيد، وتفارقهما في الشك في الأحكام الناشئ من زوال حال من حالات الموضوع، كما في الماء المتغير الزائل تغيره من نفسه، فإنه بناءً على الموضوع العُرفي يجري الاستصحاب، وبناءً على الموضوع العقلي لا يجري.
>
> والنسبة بين الموضوع العقلي والدليلي عموم من وجه أيضاً لتصادقها على مثل حياة زيد إذا شك فيها، فإن استصحابها يجري لكون الموضوع بكلا النظرين ـ العقلي والدليلي ـ هو ماهية زيد، وتفارقهما في جواز تقليد المجتهد بعد موته، فإن الاستصحاب بنظر العقل يجري وبنظر الدليلي لا يجري؛ لأنّ ظاهر مثل قوله تعالى ﴿فَسْئَلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ...﴾ وقوله ﴿...فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ﴾[1] وغير ذلك كون الموضوع نفس الأشخاص الذين لا ريب في كونهم أبداناً ونفوساً ناطقة، والموت يسقطهم عن الموضوعية للمرجعية، ومع انتفاء الموضوع لا مسرح للاستصحاب.
>
> وأما النسبة بين الموضوع العُرفي والدليلي هي عموم من وجه أيضاً لتصادقهما على مثل وجوب صلاة الجمعة، إذا شك في وجوبها تعيناً أو مطلقاً في عصر الغيبة، إذ يجري فيه الاستصحاب، حيث أن موضوع وجوبها في الآية الشريفة:

---

١. التوبة، ١٢٢.

﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْاْ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ... ﴾[١] هو المؤمن من دخل لحضور الامام عليه الصلاة والسلام في وجوبها، فاذا شك في زمان الغيبة في وجوبها لاحتمال اعتبار حضورهﷺ في ذلك جرى فيه الاستصحاب لكون موضوعه اعني به المؤمنين باقياً على كلا النظرين العُرفي والدليلي، وتفارقهما في أحكام العنب المتبدل بالزبيب، إذا شك في بقائها لأجل تبدله بالزبيب، فإنه بناءً على الموضوع العُرفي يجري الاستصحاب في جميع أحكام العنب من الفعلية والتعليقية، وبناءً على الموضوع الدليلي لا يجري، لكونه نفس العنب، والزبيب أجنبي عنه، فالموضوع غير باقٍ.[٢]

فالنسبة بين تلك المواضيع هي العموم من وجه.

دور العُرف في مبحث الاجتهاد والتقليد

من المباحث الأُخرى التي اهتم بها العلماء هو بحث الاجتهاد والتقليد، ودخل العُرف في بعض موارد هذا المبحث مؤثراً على نتائجه، فقد عُرّف الاجتهاد بأنّه: استفراغ الفقيه وسعه في تحصيل الظن بالحكم الشرعي، وعُرّف التقليد بأنه: العمل بقول الغير من غير حجّة.[٣]

وبناء على تعريف التقليد قيل بأن الرجوع إلى الرسولﷺ، ورجوع العامي إلى المفتي ليس من التقليد، لقيام الحجة في الأول بالمعجزة، وفي الثاني بالشروط المذكورة في مبحثها الخاص.

ولكنّ العُرف أجبر القائل بالتراجع عن إخراج الرجوع إلى المفتي من التقليد، ولهذا قيل:

والتقليد هو العمل بقول الغير من غير حجة كأخذ العامي والمجتهد بقول مثله،

---

١. الجمعة، ٩.

٢. محمد جعفر الجزائري المروج، منتهى الدراية في توضيح الكفاية، ج٧، ص٧٤٠، ٧٤١.

٣. الشهيد الثاني، معالم الدين في الأصول، ص٢٣٤، ١٣٦.

وعلى هذا فالرجوع إلى الرسولﷺ مثلاً ليس تقليداً له، وكذا رجوع العامي إلى المفتي، لقيام الحجة في الأول بالمعجزة وفي الثاني بما سنذكره، هذا بالنظر إلى أصل الاستعمال، وإلّا فلا ريب في تسمية أخذ المقلد العامي بقول المفتي تقليداً في العُرف.[1]

ومن الموارد الأُخرى التي لعب فيها العُرف دوراً كبيراً مورد الملازمة بين جواز الإفتاء وجواز التقليد، إذ دلت بعض الأخبار على جواز الإفتاء منها قولهﷺ: «من أفتى الناس بغير علم ولا هدى من الله لعنته ملائكة الرحمة والعذاب ولحقه وزر من عمل بفتياه».[2]

وخبر المفضل قال: قال أبو عبد اللهﷺ: أنهاك عن خصلتين فيهما هلك الرجال، أنهاك أن تدين الله بالباطل، وتفتي الناس بغير علم،[3] وغير ذلك من الأحاديث التي دلّت بمنطوقها على عدم جواز الإفتاء بغير علم، وبمفهومها على جوازه مع العلم.

وبعدما ثبت جواز الإفتاء، نحتاج إلى أدلة أخرى على جواز التقليد، فقالوا تكفي الملازمة العُرفية بين جواز الإفتاء وجواز التقليد، إذ ان العُرف يرى بأن هناك ملازمة بين الإفتاء والتقليد، فإذا جاز جاز، ولهذا قال الآخوند ما معناه.

> إن قلت: إن إظهار الفتوى ليس فيه دلالة على أخذ الغير بها واتباعها قلت: إنّ الملازمة العُرفية بين جواز الإفتاء وجواز اتباعه واضحة.[4]

فالعُرف له مدخلية مهمة ومؤثرة في كثير من المباحث الأُصولية كما اتضح مما تقدم، ونحن نكتفي بهذا القدر وإلا يوجد ما هو أكثر من ذلك في كلمات الأعلام حول هذا الموضوع.

---

١. معالم الدين في الأصول، ص٣٣٦، ٣٣٧.
٢. وسائل الشيعة، ج١٨، كتاب القضاء، الباب ٤ من أبواب صفات القاضي ح١، ص٩.
٣. المصدر السابق، ح٢، ص١٠.
٤. الآخوند الخراساني، كفاية الأصول، ٤٧٣.

دور العُرف في مبحث التعارض

تُعتبر العادات والأعراف والتقاليد من القوانين التي تحكم تحرك وسير الأفراد داخل المجتمع، ويُعتبر الخارج عن هذا البروتوكول في الاصطلاح الحديث خارج عن الجماعة والعُرف العام.

ومما لا شك فيه أن تلك العادات والأعراف لم تنشأ من فراغ، بل نشأت من حاجة إليها عرضت على المجتمع فلجأ إلى تغطيتها بذلك لتصوره المنفعة الكامنة فيها، ومما لا ريب فيه أيضاً أن تصور المجتمع وأفراده للمنفعة تصور ضيّق لا يخرج عن ملاحظة المنافع الظاهرة المؤقتة من دون إدراك للمصالح والمفاسد المستقبلة، ولذا نجد أن القوانين الوضعية تتغير من زمان إلى زمان، ومن مكان إلى آخر، فقد نجد أن هناك قانوناً وضع لمنفعةٍ فيه إستل من أعراف وتقاليد ذلك المجتمع، ولكن بعد برهة من الزمن أحدث إرباكاً ومشاكل نجمت عن استمراره، فتوقف العمل به، وهكذا في غيره.

فتقاليد المجتمع وعاداته والتي أصبحت قوانين فيما بعد، لم تكن نابعة من إدراك كامل لمصالحها ومفاسدها، بل كان النظر الأولي فيها هو الحاجة الأنية فقط، فمثلاً نجد أن المجتمع الجاهلي تعارف بيع المنابذه وهو أن يتساوم المتبابعين على تبديل ومقايضة سلعة بسلعة، فكل من أعطى سلعته إلى الآخر ولمسها، أصبح البيع لازماً بحقه وبلا خيار، وهذا ما تعارف عليه أهل ذلك الزمان من دون إدراك للضرر الناجم عن شيوعه، فلعل السلعة معيبة وغير صالحة للبيع وما إلى ذلك من مشاكل تسبب الضرر على المشتري والبائع على حدٍ سواء.

وكذلك تعارف المجتمع الجاهلي بيع الملاقيح والمظامين، وبيع الملاقيح هو: بيع ما ينتج من فحول الإبل من ولد، أما بيع المضامين فهو بيع ما ينتج من الأناث، والغرر في البيع واضح لأن الكثير منها ما يمرق. وكذلك تعارف المجتمع الجاهلي طريقة بيع

الحجر، وهو كالقمار في هذا الزمان وحاصله أن يلقي المشتري الحجر على السلعة فما أصابه كان مبيعاً وبلا خيار.

وفي الحياة الاجتماعية، قد تعارف المجتمع على إجراء حكم البنوة الحقيقية على التبني، فمن تبنى طفلاً أجرى عليه أحكام البنوة، فلا يتزوج زوجته مثلاً، هذا ما كان في الزمان السابق.

أما مجتمعات اليوم وبالخصوص الغربية منها ومن لحق بركبها، فقد غصت بالأعراف والتقاليد المرفوضة شرعاً، ابتداء من الأسرة وانتهاءً بالمجتمع.

كل تلك الأعراف والتقاليد رفضها الإسلام ولم يقرها لتعارضها مع ما شرعه من أحكام منسجمة مع فطرة المخلوق وعلمه الدقيق به، وبيَّن سبب رفضه لها في بعض الأحيان.

هذا كله في التعارض مع النصوص الصريحة التي سنّها الشارع المقدس، ولكن هناك أعراف لم ينص الشارع على رفضه لها وإن وجدت عمومات نهي تشير إليها، كعقد الاستصناع الذي جرت عليه عادة الناس في كل العصور، وحاول البعض أن يوجه هذا التعارض بتخصيص تلك العمومات بهذا العقد كما فعل الكثير من أبناء العامة، وأما فقهاء الشيعة فمنهم من حاول استكشاف رأي الشارع بالتقهقر إلى الوراء انطلاقا من السيرة الحاضرة عليه وتحصيل إمضاء المعصوم له، وهذا ما فعله السيد تقي الحكيم في كتابه الأصول العامة، ومنهم من رفض ذلك نظراً إلى عمومات النهي الواردة، وبالجملة أن هذا النوع من العمل العام في العُرف لم يعارض نصوص صريحة وواضحة جاءت من الشارع، بل عارض عمومات تشير إلى النهي عنها، وهناك نوع ثالث من المعارضة، وهي المعارضة بين العُرف اللاحق والرأي الاجتهادي المبني على العُرف السابق كما في الأموال الربوية، وكونها مكيلة أو موزونة في زمن الشارع أم في العُرف، سواء كان هذا العُرف موجود في عصر صدور

النص أم لا. وسيتضح هذا البحث أكثر كلما توغلنا في طياته، ولكن قبل الدخول في التعارض ومستلزماته لابدّ من بيان أمور منها:

الحقيقة وبيان أقسامها

عُرِّفت الحقيقة لغةً بأنها ذات الشيء الملازم له، وبيّن الشيخ الطوسي حدها فقال:

> فحد الحقيقة ما افيد به ما وضع في اللغة، ومن حقه أن يكون لفظه منتظماً لمعناه من غير زيادة ولا نقصان.[١]

أما اصطلاحاً: هي اللفظ المستعمل فيما وضع له في اصطلاح التخاطب،[٢] وذكر المحقق الخراساني في كفايته ثلاث علامات لها وهي:

١. تبادر المعنى من اللفظ؛

٢. عدم صحة السلب وصحة الحمل؛

٣. الاطّراد.

وأضاف إليها المحقق القمي تنصيص أهل اللغة بأن اللفظ الفلاني موضوع للمعنى الفلاني.[٣]

وتنقسم الحقيقة إلى أقسام ثلاث:

القسم الأول: الحقيقة اللغوية؛

القسم الثاني: الحقيقة العُرفية؛

القسم الثالث: الحقيقة الشرعية.

واختلف في هذا التقسيم، هل هو بلحاظ الوضع أم بلحاظ الواضع؟ فذهب بعض الأعلام إلى أنه بلحاظ الوضع لا الواضع بحجّة أن المعتبر في العُرفية

---

١. الشيخ الطوسي، عدّة الأصول، ج١، ص١٤٠.
٢. صالح عوض: أثر العُرف في التشريع الإسلامي: ص٧٠.
٣. الفيروزآبادي، عناية الأصول، ج١، ص٤٣.

العامة والخاصة كون اللفظ حقيقة في أحد العرفين في معنى سواء كان هناك واضع من أهل العُرف بالتعيين أم لم يكن واضع أصلاً كما إذا حصل التعيين والاختصاص بكثرة الاستعمالات.[١]

وذهب الآخر إلى أنه بلحاظ الواضع لا الوضع، وقال: إنهما ينقسمان بملاحظة الواضع إلى الحقيقة اللغوية والمجاز والى العُرفية كذلك.[٢]

واختلف في ثبوت بعض هذه الحقائق وعدم ثبوتها، فقد اختلف الأعلام في ثبوت الحقيقة العُرفية فنفاها بعض الإخباريين بحجّة استحالة اجتماع الناس على أمر واحد وهو نقل اللفظ من معنى إلى معنى آخر، وهذا تحكّم واضح لما هو خلاف الواقع المتحقق، بالإضافة إلى أن النقل لا يحتاج إلى اجتماع الناس فقد يحدث بنقل الأغلب أو الأقل، ثم الأكثر حتى يسري على الجميع بمرور الوقت.

وعُرّفت الحقيقة اللغوية بأنها أصل الحقائق الشرعية والعُرفية، لأن اللفظ وضع للمعنى اللغوي أولاً، ثم نقله الشرع أو العُرف إلى المعاني الأُخرى.

وعُرّفت أيضاً بأنها: اللفظ المستعمل فيما وضع له بحسب اللغة والموضوع له يعم جميع المعاني اللغوية المتعددة للفظ الواحد، وإن تقدم بعضها على بعض، بل وكان وضعه للثاني مع هجر الأول كما في النقول اللغوية،[٣] فالتعريف المذكور يشمل كل الأوضاع المهجورة والباقية.

وأما الحقيقة العُرفية: فقد اختلف في حدها بين من اعتبر العُلقة الوضعية في تحققها وبين من لم يعتبر هذه العلقة وعرّفوها بأنها:

اللفظ المستعمل فيما هو الموضوع له عرفاً، سواء كان ذلك الموضوع له العُرفي هو عين الموضوع له اللغوي أم غيره؛ لأنّ العُرف قد يخصص اللفظ في بعض

---

١. الميرزا الرشتي، بدائع الأفكار، ١١٢.

٢. الملا علي الروزدوي تقريرات الشيرازي، ج١، ص١٣.

٣. محمد تقي الأصفهاني، هداية المسترشدين، ص٩٠.

مصاديقها اللغوية وتصبح حقيقة عرفية فيه فقط، ويخرج باقي المصاديق كما في إطلاق اللحم على السمك وعدمه، وبهذا سوف تكون النسبة بين اللغوية والعُرفية عموم وخصوص ومن وجه؛ لأنهما يتصادقان في بعض الأحيان، ولهذا نجد كثيراً ما يأتي في كلمات الفقهاء في مورد التصادق «لغة وعرفاً».

ويفترقان في الموضوع له اللغوي المهجور فيصدق عليه الحقيقة اللغوية لا العُرفية، وفي الموضوع له العُرفي الحادث بالنقل أو بغير النقل مع عدم وجوده في الزمان السابق وتجدده بعده، فيصدق عليه العُرفية لا اللغوية.[١]

وقُسمّت الحقيقة العُرفية في اللفظ إلى عامة وخاصة بلحاظ الوضع، أما العامة: هو ما لم يكن الوضع فيه مستنداً إلى عُرف مخصوص أو فرقة مخصوصة.

وأما الخاصة: ما كان الوضع فيه مستنداً إلى أحد الأمرين.

ووقع نزاع آخر في بعض الموارد، فهل هي حقائق عرفية أم لا؟ ومنها على سبيل المثال لا الحصر:

١. لفظ الأم فهو لغة لمطلق ما يلد، ولكن في العُرف لخصوص الإنسان، فهو حقيقة عُرفية لخصوص الإنسان، وتظهر الثمرة فيما ورد من كراهة تفريق الأولاد عن الأمهات، فإذا قبلنا الحقيقة العُرفية فالحديث خاص بكراهة التفريق بين الأم وولدها من جنس الإنسان وإلّا فلا؛

٢. المقادير والكميات، فهل هي موضوعة لها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان أم أنها في العُرف لها حقيقة يُتسامح معها بفقد اليسير؟

٣. نسبة الأحكام إلى الذوات في مثل ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ... ﴾،[٢] فقد قيل: بأنّها حقائق في نسبتها إلى أظهر الأوصاف لتلك الذوات، كالوطئ، فإذا رفضنا ذلك تكون مجازاً مشهوراً؛ لأنّ الاستعمال والنسبة إلى الأوصاف شائع.[٣]

---

١. الميرزا الرشتي، بدائع الأفكار، ص١١٢، بتصرف.

٢. النساء، ٢٣.

٣. الملا علي الروزدوي، تقريرات الشيرازي، ج١، ص٢٣٠.

وغير ذلك من الصور التي وقعت مورداً للبحث والمناقشة عند الأعلام

أما الحقيقة الشرعية:

فهي ما كان حصول العُلقة الوضعية مستنداً إلى النبيﷺ بالتعيين أو بالتعين، فلو كانت ثابتة قبل زمانه أي في زمان سائر الأنبياءعليهم السلام أو زمانهﷺ، ولكن بتعيين غيره أو بكثرة استعمال تابعيه، أو بالمركب من استعماله واستعمال تابعيه لما كان من الحقيقة الشرعية في شيء،[1] واختلف في ثبوت هذه الحقيقة على أقوال:

القول الأول: بوجودها في الشرع؛

القول الثاني: بنفيها؛

القول الثالث: خص ثبوتها في الألفاظ المتداولة ونفاها في غيرها؛

القول الرابع: أثبتها في العبادات ونفاها في المعاملات.

يقول الفيروز آبادي بعد ذكره لهذه الأقوال:

> بعد تسالم النافين ظاهراً على ثبوت الحقيقة الشرعية أي في لسان المتشرعين في الجملة وإن اختلفوا في زمان تحققها، من زمان الشارع إلى زمان الصادقينعليهما السلام، نعم نسب إلى الباقلاني... أن تلك المعاني أمور لغوية قديمة قد أضاف إليها الشارع أجزاء وشرائط، وعليه فتلك الألفاظ في تلك المعاني حقائق لغوية لا شرعية ولا متشرعية.[2]

ويقول الدكتور صالح عوض نقلاً عن ابن الحاجب وغيره:

> إنّ الألفاظ التي استعملها الشارع مجازات لغوية، ثم اشتهرت فصارت حقائق شرعية، وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء؛ لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة والزكاة والصيام والحج وجدناها استعملت في لسان الشرع للعبادات، فالصلاة اسم للدعاء، ثم سمي بها العبادة المعلومة مجازاً في اللغة، وحقيقة شرعية أو

---

١. المشكيني، كفاية الأصول مع حواشي المحقق المشكيني، ج١، ص١٤٤.

٢. الفيروز آبادي، عناية الأصول، ج١، ص٥٣.

> عرفاً شرعياً، سواء كان فيها دعاء أو لم يكن كصلاة الأخرس، حيث إنها شُرّعت لذكر الله، قال تعالى: ﴿وَأَقِمِ ٱلصَّلَوٰةَ لِذِكْرِيٓ﴾ أي لتذكرني فيها، وكل ذكر دعاء، فإن من قال: الله أكبر صح أن يقال دعا الله تعالى، والحج في اللغة القصد، ثم صار اسماً لعبادة معلومة مجازاً في اللغة وعُرفاً شرعياً، وكذلك العمرة فهي في الأصل الزيارة، ثم صارت اسماً لزيارة مخصوصة بشرائطها وأركانها المعلومة شرعاً، والزكاة في الأصل النماء ثم صارت اسما للمعنى الشرعي، وهو أداء بعض المال النامي بوجه مخصوص جاءت به الشريعة، والصوم فإنه في اللغة مطلق الإمساك، وفي الشريعة خصص بنوع من الإمساك.[١]

فعلى فرض ثبوت الحقيقة الشرعية، فهل يقع تعارض بينها وبين العُرف، وما هو الموقف في حالة وقوعه، فهذا هو المهم من بحثنا وسنتبينه لاحقاً.

تعارض الحقيقة الشرعية مع الحقيقة العُرفية

قُدمت الحقيقة الشرعية على العُرفية في موارد كثيرة، لأنّها أكد منها، بالإضافة إلى عدم اطلاع العُرف على خفايا ما ذكره الشرع وحدده بلسان التقنين والوضع، نعم إذا كانت هناك قرينة على عدم إرادة وتحكيم الحقيقة الشرعية كما نلاحظه في الأيمان، أو قل لم يصل الاستعمال الشرعي إلى حد الحقيقة فلا يوجد تعارض أصلاً.

وصرح الشيخ الطوسي بتقدم الحقيقة الشرعية على العُرفية في كتاب الوقوف والصدقات:

> فأما إذا قال: حبَّست أو سَّبلت رجع أيضاً إلى الوقف، وصار وقفاً وكان ذلك صريحاً فيه؛ لأنّ الشرع ورد بهما؛ ولأنّ النبيﷺ قال لعمر: حبِّس الأصل وسبِّل الثمرة، وعرف الشرع أكد من عرف العادة.[٢]

وقال في موضع آخر:

---

١. صالح عوض، أثر العرُف في التشريع الإسلامي، ص٧٦.
٢. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٣، ص٢٩١.

فالكلام في بيان ما هو رضعة وما ليس برضعة، فالمرجع في ذلك إلى العُرف فما كان في العُرف رضعة فهو رضعة، وما ليس في العُرف برضعة فليس برضعة؛ لأنّ ما لاحد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العُرف.[١]

وصرح بذلك العلامة الحلي في تذكرته فقال:

> إذا وقف على جيرانه قال الشيخان: كان لمن يلي داره إلى أربعين ذراعاً، والوجه الرجوع إلى العُرف الجاري بين الناس؛ لأنّ عادة الشرع حمل اللفظ عليه عند عدم الحقيقة الشرعية،[٢] وكذلك ذكر هذا المعنى في المختلف.[٣]

وأما الشهيد الأول فقد قال: والحقيقة الشرعية مقدمة على العُرفية.[٤]

وبالرغم من ذلك كله نجدهم في موارد الأيمان قدموا الحقيقة العُرفية على الاستعمال الشرعي الذي لم يصل إلى حد نقل اللفظ عن حقيقته اللغوية أو العُرفية، فمثلاً يقول الشيخ الطوسي في كتاب الأيمان: إذا حلف لا يأكل لحماً... فإن أكل لحم الحيتان لا يحنث، وقال بعضهم يحنث والأول أقوى.[٥]

فعلى الرغم من إطلاق الشارع الأقدس لفظ اللحم على السمك كما في الآية المباركة: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا...﴾[٦] لم يُقدّم القائل بعدم الحنث الاستعمال الشرعي على العُرفية متمسكاً بأن العُرف لا يرى إطلاق لفظ اللحم على الحيتان، وقوى الشيخ الطوسي ذلك في المبسوط لكنه بالخلاف أفتى بالحنث، والشيخ الطوسي حتى مع فتواه بالحنث لم يتمسك بالاستعمال الشرعي وإنما تمسك بإطلاق لفظ اللحم على السمك لغة فقال:

---

١. المصدرالسابق، ج٥، ص٢٩٤.
٢. العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج٢، ص٤٣٩.
٣. العلامة الحلي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج٦، ص١٦٧، مسألة، ١٠٣.
٤. الشهيد الأول، اللمعة الدمشقية، ج٦، ص٣٨٩.
٥. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٦، ص٢٣٩.
٦. النحل، ١٤.

«يحنث لأن اسم اللحم يطلق عليه»،[1] والملاحظ من ابن إدريس أنه يعتقد بوجود الحقيقة الشرعية لا الاستعمال الشرعي، ولهذا علق على كلامي الشيخ في المبسوط والخلاف فقال:

> ما ذكره الشيخ في مبسوطه قوي لعُرف العادة، وما ذكره في الخلاف أقوى للآية؛ لأن عُرف الشرع إذا طرأ على عرف العادة كان الحكم لعُرف الشرع.[2]

فقدم الحقيقة الشرعية على العُرفية.

وهذا المعنى نجده في الفقه العامي أيضاً قال ابن نجيم:

> فإذا تعارضا ـ العُرف مع الشرع ـ قُدم عُرف الاستعمال خصوصاً في الأيـمان، فإذا حلف لا يجلس على الفراش ولا يستضيء بالسراج، لم يـحنث بـجلوسه على الأرض ولا بالاستضاءة بالشمس وإن سماها الله تـعالى فـراشاً وبساطاً وسمى الشمس سراجاً. ولو حلف لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل لحم السمك وإن سماه الله تعالى لحماً في القرآن.[3]

وحاول بعض فقهاء العامة إيجاد مخرج لذلك، ولعلّه لاعتقادهم بوجود حقيقة شرعية في الاستعمال فقسموا ألفاظ الشارع إلى قسمين:

القسم الأول: ألفاظ يتعلق بها حكم شرعي؛

القسم الثاني: ألفاظ لا يتعلق بها حكم شرعي.

وقدموا في القسم الأول عرف الشرع على عرف الاستعمال، فمثلاً الصلاة لفظ تعلق به حكم شرعي، وهي ذات الصفة المخصوصة من الركوع والسجود، فإذا حلف ألا يصلي، ثم صلى صلاة الجنائز الخالية من الركوع والسجود، يقول الشافعية هنا لا يحنث، لأن الصلاة التي تعلق بها الحكم الشرعي هي ذات الركوع والسجود وليس تلك الخالية عن هذه الصفة كما في صلاة الجنائز.

---

١. الشيخ الطوسي، الخلاف، كتاب الايمان، مسألة ٧٣.

٢. ابن ادريس الحلي، السرائر، ج٣، ص٥٢.

٣. ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص٩٦، ٩٧.

وأما في القسم الثاني فقد قدموا عُرف الاستعمال على عرف الشرع، فمثلاً لفظ اللحم لم يتعلق به حكم شرعي في قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا... ﴾، فمن حلف أن لا يأكل لحماً لم يحنث بأكل لحم السمك، فيُقدم عُرف الاستعمال، لأنّ السمك لا يسمى فيه لحماً.[1]

ولم يتبين الوجه في هذا التقسيم فإذا كان المناط وجود حكم شرعي وعدم وجوده، فالثاني وإن لم يكن فيه حكم شرعي بشكل مباشر، ولكن إذا تحقق الوضع الخاص به يترتب عليه حكم شرعي.

التعارض بين العُرف واللغة

إذا كان اللفظ الوارد في الخطاب الشرعي له حقيقتان عُرفية ولغوية فعلى أيهما يُحمل؟ هنا وجد قولان في المسألة بعد فرض عدم وجود حقيقة شرعية فيه.

القول الأول: الحمل على العُرفية؛

القول الثاني: الحمل على اللغوية.

وحكي عن الشهيد في شرح القواعد القول بأنه:

> إذا تعارضت حقيقتان لغوية وعُرفية فإن الحمل على العُرفية في الأصح؛ لأنّ العُرف كالناسخ لسبق الذهن، وقيل بالحمل على اللغوية لورود الشرع بلغة العرب فما لم ينقل الشرع لفظاً إلى معنى فهو باق على أصله، هذا إذا غلبت العُرفية على اللغوية وهجرت اللغوية، أما إذا كانت اللغوية لم تهجر وهي باقية على الاستعمال فقيل يصير مشتركاً ويكون مباحثه مباحث المشترك في الحمل على الجميع أو على أحدهما بقرينة على الخلاف.[2]

وقبل الدخول في تطبيقات هذا المبحث عند الفقهاء وفحص كلماتهم لابدّ من تفصيل الصور الموجودة في المسألة بالنسبة إلى العلم والشك والظن.

---

١. صالح عوض، أثر العُرف في التشريع الإسلامي، ص٨٧، ٨٨ بتصرف واختصار.

٢. مفاتيح الأصول، ص٤١.

الصورة الأولى: فيما إذا ورد لفظ من الشارع الأقدس له معنى لغوي وآخر عرفي، ونعلم بتأخر المعنى العُرفي عن صدور الخطاب، فهنا لا إشكال من الحمل على المعنى اللغوي لعدم وجود تعارض أصلا لفرض عدم العُرفية عند صدور الخطاب ومن ذهب إلى تقديم العُرفية يجب ان لا يحمل كلامه على هذه الصورة.

الصورة الثانية: ورود لفظ في خطاب شرعي له معنى لغوي وآخر عُرفي ويعلم بحدوث عُرف عام له وصل إلى حد الحقيقة حين صدور الخطاب فهنا قولين:

الأول: الحمل على اللغوية؛

الثاني: الحمل على العُرفية.

وسيتضح من خلال التطبيقات ذلك

الصورة الثالثة: ورود لفظ من الشارع له معنى لغوي وآخر عُرفي، ولكن لا يعلم حين صدور الخطاب هل له معنى عُرفي آنذاك واصل إلى حد الحقيقة أم لا؟ وبعبارة أخرى الشك في ثبوت المعنى العُرفي حين صدور الخطاب، أو قد يعلم بوجود المعنى العُرفي لكن يشك في وصوله إلى حد الحقيقة بحيث هجر المعنى اللغوي وهنا قولان أيضاً:

الأول: الحمل على اللغوية:

بدليل أن الحقيقة العُرفية حادثة فينطبق أصالة تأخر الحادث، أما اللغوية باقية فيشك فيها في الزمان اللاحق فتستصحب.

وأشكل على ذلك الاستصحاب بأنه إذا كان الغرض منه ثبوت وجوب شيء، أو حرمته فسوف يُعارضه استصحاب آخر، وهو استصحاب عدم التكليف هذا من جهة.

ومن جهة أخرى: إذا كان الحمل على المعنى اللغوي يخصص ظاهر اللفظ فسوف يعارض بأصالة عدم التخصيص.

ودافع أصحاب هذا القول برد كلا الإشكالين بنقضها، وذلك بأنّ كل ما ذُكر يأتي في موارد ترجيح المعنى العُرفي، فإذا كان الحمل على المعنى العُرفي يثبت وجوب أو حرمة شيء، فهو أيضاً معارض بأصالة عدم التكليف، وكذلك من جهة التخصيص وعدمه، فهنا يقع تعارض بين وجهي الترجيح، أي بين تقديم المعنى اللغوي وتقديم المعنى العُرفي فيتساقطان فنلجأ إلى أصالة تأخر الحادث فتكون سالمة عن المعارضة.

الثاني: الحمل على العُرفية:

وذُكرت لهذا القول تقريبات متعددة منها:

١. غالبية ثبوت العُرف عادة في زمن الشارع فيلحق محل الشك بهذه الأغلبية؛

٢. ثبوت العُرف العام قبل التشريع؛

٣. السيرة العامة عند الناس على حمل اللفظ على ما يفهمونه من معنى ولا يخصصون هذا الحمل على عدم المعنى اللغوي؛

٤. مشهورية الحمل على العُرف.

وهذه الوجوه جميعها وقعت محل نقاش من قبل أصحاب القول الأول، فكل ما تقدم قد وقع مورداً للاختلاف والنقاش بين الأعلام.

واختلفوا أيضاً في صور أخرى فمثلاً فيما إذا كان هناك لفظ موضوع في العُرف العام لمعنى معين ولكن في اللغة له اشتقاقات متعددة، ومثّلوا له بلفظ الضارب، فالعرف يستعمله في القتل، فعلى هذا الفرض يكون مخالف لما استعمل في اللغة؛ لأن هذا اللفظ في اللغة هو اسم فاعل من الضرب وهو غير القتل، فهنا ذهب بعضهم إلى العُرف والآخر إلى اللغة وهكذا.

تطبيقات تعارض اللغة مع العُرف

موارد تعارض اللغة مع العُرف اختلفت بإختلاف الصور التي ذكرناها أعلاه، فمثلاً قدم الشيخ الطوسيﷺ العُرف وأهمل المعنى اللغوي عندما قال:

فمتى ورد خطاب من الله تعالى أو من النبيﷺ نظر فيه، فإن كان استعماله في اللغة والعُرف والشرع سواء حمل على مقتضى اللغة، وإن كان له حقيقة في اللغة وصار في العُرف حقيقة في غيره وجب حمله على ما تعورف في العُرف.[١]

وقال في موضع آخر من كتاب العدّة:

إنّ الخطاب ينبغي أن يحمل على ما تعورف ويترك ما كان موضوعاً له؛ لأنّه بالعادة قد صار حقيقة فيما اعتيد فيه.[٢]

ولكن إطلاقات كلام الشيخ‌ﷺ في بعض الموارد الفقهية يستفاد منها تقديم اللغة على العُرف، فمثلاً في الرضاع قال:

فالكلام في بيان ما هو رضعة وما ليس برضعة، فالمرجع في ذلك إلى العُرف فما كان في العُرف رضعة فهو رضعة وما ليس في العُرف برضعة فليس برضعة؛ لأنّ ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يرجع فيه إلى العُرف.[٣]

فترتيب مراحل الرجوع من الشرع إلى اللغة، ثم العُرف يقضي بتقديم اللغة على العُرف، ونفس المعنى جاء في مسألة الإحياء فقال:

وأما ما به يكون الإحياء فلم يرد الشارع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون، غير أنّه إذا قال النبيﷺ «من أحيا أرضاً فهي له» ولم يوجد في اللغة معنى ذلك، فالمرجع في ذلك إلى العُرف والعادة، فما عرفه الناس إحياء في العادة كان إحياءً وملكت به الموات.[٤]

ويمكن توجيه الكلام هنا بعدم حدوث حقيقة عُرفية للفظ فهنا لا إشكال في تقديم المعنى اللغوي، أو أن الشارع أراد كلا المعنيين، أي المعنى اللغوي والعُرفي، وهذا لابدّ من فهمه من دليل الخطاب، يقول الشيخ‌ﷺ:

ومتى كان اللفظ يفيد في اللغة شيئاً وفي العُرف شيئاً آخر لا يمتنع أن يريدهما معاً.[٥]

---

١. الشيخ الطوسي، عدّة الأصول، ج ١، ص ١٧٢.
٢. المصدر السابق، ص ٣٦٠.
٣. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج ٥، ص ٢٩٤.
٤. المصدر السابق، ج ٣، ص ٢٧١.
٥. المصدر السابق، ج ١، ص ٢٢٣.

وأما المحقق الحلي فقد قدم العُرف على اللغة تارة، وتردد أخرى، ففي تقديم العُرف على اللغة قال:

> إذا ورد منه تعالى خطاب وليس فيه عُرف ولا شرع وجب حمله على وضع اللغة، لأنه الأصل، فإن كان فيه وضع وعُرف وجب على العُرف دون أصل الوضع؛ لأنّ العُرف طارئ على أصل الوضع، وكالناسخ له والمؤثر فيه.[١]

ولابدّ من حمل هذا الكلام على الصورة الثانية المتقدمة، أي صورة وجود حقيقة عُرفية.

وفي موضع آخر تردد المحقق﵀ في التقديم والتأخير بينهما فقال:

«لو قال لا شربت لك ماءً من عطش، فهو حقيقة في تحريم الماء وهل يتعدى إلى الطعام؟ قيل نعم عرفاً وقيل لا تمسكاً بالحقيقة».[٢]

وأما المحقق القمي فقد جعل تقديم العُرف على الوضع دونه خرط القتاد، فقال في قوانينه:

> والمحقق فيما دار الأمر بين أن يكون المراد في كلام الشارع هو الحقيقة العُرفية أو اللغوية هو تقديم العُرف واثبات الحقيقة العُرفية دونه خرط القتاد، ولذلك لم يعتبر ذلك علم الهدى﵇ ويراعي أصل الوضع،[٣] وهذا هو القول الثاني الذي ذهب إليه بعض الأعلام، والذي لم يعتبر الحقيقة العُرفية أصلاً، وأما العلامة الحلي فقد قدم الوضع على العُرف تارة، وقدم العُرف على الوضع أخرى، فمثلاً من الموارد التي قدم فيها الوضع على العُرف في مبحث الزكاة، قال: قال بعض علمائنا: إنما تجب الزكاة عندما يسمى تمراً وزبيباً وحنطة وشعيراً وهو بلوغها حد اليبس، واختاره ابن الجنيد، لنا أن البسر يسمى تمراً لغةٍ فيتعلق به الوجوب، واحتجوا بأنه يسمى بسراً لا تمراً في العُرف، والجواب الاعتبار بتسمية اللغة لا بالعُرف.[٤]

---

١. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٦، ص٧١٦.
٢. المصدر السابق، ص٣٦ ٣٧.
٣. أبو القاسم القمي، قوانين الأصول، ص٢١٩، ٢٢٠ طبع رحلي.
٤. العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج ٣، ص ٦٠، مسألة ٢٨.

ولعله لعدم تحقق الحقيقة العُرفية هنا فقدم الوضع على العُرف، وكذلك في مسألة الإحياء حينما قال: والمرجع فيه إلى العُرف لعدم التنصيص شرعاً ولغةً،[١] فقدم اللغة على العُرف.

أما في «كتاب الأيمان» فقد قدم الحقيقة العُرفية على اللغوية وقال: فيمن حلف ألا يأكل بيضاً: والمعتمد في ذلك أن نقول: إن كان عُرف الحالف يقتضي صرف إطلاق البيض إلى ما يعم الجميع انصرف إليه جمعاً بين الحقيقة العُرفية واللغوية، وإن كان لا ينطبق إلّا على نوع خاص، انصرف إليه، عملاً بالحقيقة العُرفية عند التعارض بينها وبين اللغوية.[٢]

وقد شن ابن إدريس هجوماً على من يعمل بالعُرف مع وجود اللغة. وجعل ذلك من تخريجات المخالفين وقياساتهم فقال: والذي يقتضيه مذهبنا أن يحنث بأكل جميع ما يطلق عليه اسم البيض؛ لأنّ البيض يقع حقيقة على جميع ذلك، والأيمان عندنا تتعلق بحقائق الأشياء ومخارج الأفعال والأسماء، ولا يرجع إلى المعاني، فإنما هذه تخريجات المخالفين وقياساتهم، فإذا كان اسم البيض ينطلق على بيض السمك حقيقة، وجب ان يتعلق الأيمان به وتطلق عليه، وطريقة الاحتياط أيضاً تقتضيه[٣] ولم يَعولْ ابن إدريس ﷺ على تمسكه بالحقيقة اللغوية إلّا في بعض الموارد لوجود قرينة في المقام تقتضي ذلك كما صرح،[٤] وظل متمسكاً بالمعنى الحرفي والوضع اللغوي حتى في الموارد التي يصعب التمسك بها فقال: إذا قال الخليفة أو الملك: والله لأضربنّ عبدي، ثم أمر به فضربه، لم يحنث.[٥]

فالعرف وإن اعتبر الأمر هو الضارب ولكن تمسك ابن إدريس بالوضع جعله

---

١. شرائع الإسلام، ج ٦، ص ٢٨٠.
٢. مختلف الشيعة، ج٨، ص ١٨٠، ١٨١.
٣. ابن ادريس الحلي، السرائر، ج٣، ص٥١.
٤. المصدر السابق، ص٥٤.
٥. المصدر السابق، ج٣، ص ٥٠.

يعتبر المباشر هو الضارب وليس الأمر ولهذا حكم بعدم الحنث هنا.

أما الشهيد الثاني، فقد احتمل تقديم اللغة في شرحه لعبارة صاحب الشرائع «وفي قتل الكثير من الجراد دم شاة» فقال: المرجع في الكثير إلى العُرف، ويحتمل اللغة فتكون الثلاثة كثيرة[1] ولكنه قدم العُرف على اللغة بصريح العبارة عندما قال: أن العُرف مقدم على اللغة[2] واحتمل الأمرين وإن مال هو إلى العُرف أخيراً في مسألة تعليق الظهار، فقال: لو علق الظهار على مخالفتها الأمر، فقال: إن خالفت أمري فأنتِ كظهر أمي، ثم قال لها: لا تكلمي زيداً، أو لا تخرجي من الدار، فكلّمته أو خرجت، لم يقع الظهار، لأنها ما خالفت أمره، وإنما خالفت نهيه، ويحتمل الوقوع، نظراً إلى أنه يسمى في العُرف مخالفة أمره، ويقوى ذلك إن استقر العُرف عليه [أي أصبحت حقيقة عرفية] وإلّا فالعبرة بالمعنى المصطلح عليه.[3]

وأما صاحب الجواهر فقد قدم العُرف على اللغة ونقل تقديم اللغة على العُرف، فمن موارد الأول قال: والحاصل: إن الذي ينبغي النظر إلى حال العُرف في مثل هذا الزمان، فما يعلم حدوثه لا يلتفت إليه، وما لا يعلم تعلق به الحكم لأنه به يستكشف العُرف السابق وتثبت اللغة إن لم يعلم مغايرتها وإلّا ـ إن علم مغايرة اللغة للعرف ـ قدم عليها ـ أي قدم العُرف على اللغة ـ على الأصح.[4]

ونقل أيضاً مذهب تقديم اللغة على العُرف، عندما علق على كلام صاحب المدارك:

> وقد اشتهر أن الدابة منقولة إلى ذات القوائم الأربع من الخيل والبغال والحمير»
> فقال: وقوله: قد اشتهرت الدابة...

ففيه أنه ممنوع أولاً، وثانياً: قد يكون معنى حادث لا يحمل عليه الخطابات

---

١. الشهيد الثاني، مسالك الأفهام، ج٢، ص٤٣٦.
٢. المصدر السابق، ج٣: ص٢٢٧.
٣. المصدر السابق، ج٩: ص٥٢٤.
٤. الشيخ محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج١، ص١٩٠.

الشرعية، ولذلك لم يذكره أهل اللغة وهذه هي الصورة الأولى التي ذكرناها أول البحث، وأيضا قد يكون رأي مثل العلامةﷺ تقديم اللغة على العُرف كما ذهب إليه المعترض، بل نقل أنه مذهب كثير من الفقهاء.[1]

فتحصل مما تقدم أن الفقهاء على قولين:

الأول: تقديم اللغة على العُرف مطلقاً كما هو ابن إدريس؛

الثاني: تقديم اللغة على العُرف في مورد عدم تحقق الحقيقة العُرفية وأما مع تحققها يقدم العُرف، واختلف هنا أيضاً ولهذا أصبح الأمر يعالج في الموارد الفقهية كلاً بحسبه، فتارةً يقدم العُرف، وأخرى اللغة، وهذا الاختلاف موجود بعينه عند فقهاء العامة، ولهذا يقول السيوطي نقلاً عن الرافعي: إن تطابق العُرف والوضع فذاك، وإن اختلفا، فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع، والإمام والغزالي يريان اعتبار العُرف، وقال في الإيمان ـ ما معناه ـ إن عمَّت اللغة قُدمت على العُرف ونقل بعض التفريعات الفقهية على ذلك الاختلاف فقال:

لو حلف ألّا يشرب ماءً، حنث وان لم يُعتّد شربه، اعتباراً بالإطلاق والاستعمال اللغوي، ومنها: حلف لا يسكن بيتاً، فإن كان بدوياً: حنث بالمبني وغيره؛ لأنه قد تظاهر فيه العُرف الكل واللغة، لأن (الكل) يسمونه بيتاً، وإن كان من أهل القرى فوجهان، بناءً على الأصل المذكور.[2]

ومال هو إلى تقديم اللغة على العُرف، وحكم بالحنث في حق القروي الحالف، ونقل السبكي ذلك الاختلاف، وفقال:

واشتهر عند الفقهاء إن ما ليس له ضابط في اللغة ولا في الشرع يرجع فيه إلى العُرف، وهذا صريح في تقديم اللغة على العُرف، وعند الأصوليين، أن العُرف مقدم على اللغة[3] وهذا الكلام لا يمكن اعتباره على إطلاقه كما تقدم.

---

١. المصدر السابق، ص٢٢٢، ٢٢٣.
٢. جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ج١، ص٢٢٧.
٣. عبد الوهاب بن علي السبكي، الأشباه والنظائر، ج١، ص٥١.

وهناك محاولة من قبل البعض للجمع بين كلمة الأصولي وكلمة الفقيه في المقام والمحاولة هي: إن المشتهر على ألسنة الفقهاء، إن ما ليس له حد في الشرع، ولا في اللغة يُرجع فيه إلى العُرف، ليس مخالفاً لكلمة الأصوليين أن لفظ الشارع يحمل على المعنى الشرعي، ثم العُرفي، ثم اللغوي، والجمع بينهما هو أنه إذا تعارض معناه في العُرف، ومعناه في اللغة، قدمنا العُرف، ومراد الفقهاء إذا لم يُعرف حده في اللغة فإنا نرجع فيه إلى العُرف، ولهذا قالوا: كل ما ليس له حد في اللغة، ولم يقولوا ليس له معنى، فالمراد أن معناه في اللغة لم ينصوا على حده بما يبينه فيستدل بالعُرف عليه.[١]

ولكن الذي نراه أن الخلاف منتفي بملاحظة الصور التي ذكرناها في المبحث من بلوغ الاستعمال حد الحقيقة، بحيث يهجر المعنى السابق وعدم بلوغه ذلك فيختلف الأمر بحسب الموارد.

المهم أن الخلاف في التقديم والتأخير موجود ومصرح فيه كما اتضح فيما تقدم.

تأثير العُرف العام والخاص في معنى الخطاب

لا شك في وجود العُرف العام الغالبي، وفي وجود العُرف الخاص أيضاً، فلو وردنا خطاب من متكلم فهل يحمل على العُرف العام الغالبي أم على الخاص؟ فهنا قالوا إذا كان المتكلم ينتمي إلى العُرف العام في خطابه حينئذٍ يحمل كلامه عليه وإلّا فعلى الخاص، نعم في حالة نصب القرينة على الخاص لا تردد في حمله عليه، فمثلاً لفظ الكلام في العُرف العام هو ما يتكلم به البشر حتى لو لم يفد معنى بخلافه في العُرف النحوي فإن الكلام ذات معنى خاص مفيد ومقيد، فتظهر ثمرة هذا البحث في العقود والايقاعات والأقارير والأيمان وغيرها من الأمور التي يتوقف ترتب الحكم فيها على تبيّن معنى الكلام فتارة يُحمل كلام المتكلم على عُرف عام أو خاص فلا يترتب عليه شيء وأخرى بالعكس. فحمل الكلام على عُرف معين يعتمد بالدرجة الأولى

---

١. المصدر السابق، هامش رقم٣، بتصرف.

على تجميع القرائن التي تحدد مقصود ومراد المتكلم على أي نحو أراد من العُرف، هل هو العُرف العام كان مقصوداً له أم الخاص وستتضح بعض جوانب هذا البحث في البحث اللاحق.

الخطاب بين عُرف المتكلم وعُرف المخاطب

قد يختلف عُرف المتكلم عن عُرف المخطاب في تحديد ألفاظ الكلام، فمثلاً قد ورد في رواية تحديد الكر بالرطل، فالمتكلم هنا هو الإمام الصادق عليه السلام والمخاطب في الرواية هو ابن أبي عمير، والفرق بين عرفيهما في تحديد معنى الرطل؛ لأنّ تحديده في عُرف المدينة يختلف عن عُرف العراق، فالرطل المدني الذي هو عُرف الإمام الصادق عليه السلام يختلف عن عُرف الرجل العراقي، الذي هو عُرف ابن أبي عمير، فهنا على أي عُرف يُحمل الكلام؟ وردت أقوال متعددة في البحث:

الأول: حمل الكلام على عُرف المتكلم ونُسب إلى السيد المرتضى ذلك ولعلّ ما ورد في بعض الروايات يفيد ذلك، فمثلاً ورد عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن أبي طالب عبد الله بن الصلت قال: كتب الخليل بن هاشم إلى ذي الرئاستين وهو والي نيشابور أن رجلاً من المجوس مات وأوصى إلى الفقراء بشيء من ماله فأخذه قاضي نيشابور فجعله في فقراء المسلمين، فكتب الخليل إلى ذي الرئاستين بذلك فسأل المأمون فقال: ليس عندي في هذا شيء فسأل أبا الحسن عليه السلام فقال عليه السلام: إن المجوسي لم يوصِ لفقراء المسلمين ولكن ينبغي أن يؤخذ مقدار من مال الصدقة فيُرد إلى فقراء المجوس.[١]

ويمكن الزيادة بأن حمل الكلام على إرادة المتكلم لا إشكال فيه؛ لأنّه هو الأدّرى بتحديد مراد كلامه وبيان مقصوده، فلا معنى لحمل كلامه على معنى آخر غير المعنى المتعارف عليه في عُرفه بالإضافة إلى أصالة الحقيقة؛ لأن المعنى الآخر غير معنى اللافظ مجازاً.[٢]

---

١. السيد عبد الله شبر، الأصول الأصلية، ص٣١.

٢. الميرزا الرشتي، بدائع الأفكار، ص١١٦.

الثاني: تقديم عُرف المخاطب؛ لأنّ المتكلم لابدّ له من سوق الألفاظ على وفق اصطلاح المخاطب وإلّا كان إغراءً بالجهل.

الثالث: التوقف، للمناقشة في كل الأدلة التي قُدمت من أصحاب القولين الأولين.

الرابع: التفصيل بين صور مختلفة من العلم والجهل.

الصورة الأولى: أن يعلم كل منهما بتغاير الأعراف عندهما؛

الصورة الثانية: أن يعلم كل منهما باتفاق الأعراف عندهما؛

الصورة الثالثة: المخاطب يجهل عُرف المتكلم بخلاف العكس؛

الصورة الرابعة: المتكلم يجهل عُرف المخاطب بخلاف العكس؛

الصورة الخامسة: جهل كل منهما بعُرف الآخر.

تختلف أحكام هذه الصور كلها إلّا صورة اتفاق الأعراف فلا إشكال فيها، ففي كل صورة لابدّ من البحث عن قرائن تحدد وتقرب للوصول إلى حقيقة ما أريد من خطاب.

أما الصورة الأولى: فعلم كل واحد منهما قرينة على حمل الكلام على عُرف المتكلم؛ لأنّه لو كان المخاطب يريد عُرفه الخاص وهو يعلم بتغاير العُرفين كان عليه أن يؤكد على نصب قرينة على ما يريده من عُرف، خصوصاً وأن الحمل على عُرف المتكلم هو حمل على الحقيقة؛ لأنّ استعماله في غير عُرفه الخاص استعمال مجازي؛

أما الصورة الثانية: فلا إشكال فيها حتى يقع كلام عنها؛

أما الثالثة: إنّ المخاطب يجهل عُرف المتكلم ولكن المتكلم لا يجهل عُرف المخاطب فهنا لابدّ من البحث عن قرائن أخرى مما يترتب عليه الخطاب من حق أو غيره، فإذا كان الحق مترتباً على المخاطب بواسطة الكلام فيما إذا حمل على عُرف المتكلم كان هذا إغراءً للمخاطب بسبب عدم علمه مع علم المتكلم، فهنا قد يحكم بالتوقف أو بالبحث عن أدلة ترجيح أخرى لأي من العُرفين؛

أما الرابعة: فيظهر الكلام عنها من خلال ما تقدم في الصورة الثالثة؛

واما الخامسة: كان الحكم بالتوقف فيها أحق من كل الصور المذكورة، وبشكل عام فلابدّ من البحث عن كل صورة في خصوص ما يترتب عليها من أحكام، واستخراج ما يتم به الترجيح لأي منها. وأما في حالة الشك مع العلم بأحدهما فتزداد المشكلة تعقيداً وتعود المسألة إلى القرائن الترجيحية وإلّا التوقف أفضل.

تعارض العُرف مع الاجتهاد

هناك اختلاف في المسائل الفقهية بين الأعلام مما يؤدي بهم إلى الاختلاف في الفتوى، وهذا واضح ولكن من اين نبع هذا الاختلاف والتضارب في وجهات النظر؟

يقول الشيخ الطهراني: إن الاختلاف قد نبع من أمور:

الأول: الاختلاف في دليلية الدليل شرعاً عند واحد دون غيره؛

الثاني: الاختلاف في حصول الجزم والتصديق لبعض الفقهاء دون غيرهم؛

الثالث: اختلاف الأذهان في الحدة والذكاء وسرعة الانتقال إلى المطالب وبطوءه.[1]

ومن الملاحظة أن أسباب الاختلاف لا يمكن حصرها بهذه المواد الثلاثة، بل يمكن القول: إنّ كل ما له مدخلية في الفتوى وكان عرضة للتبديل والتغيير كان سبباً لذلك الاختلاف، فيدخل في ذلك حتى الخزين الفكري للفقيه من العلوم، فلسفية كانت أو اجتماعية أو غيرها.

ويلعب العُرف دوراً كبيراً في هذا المجال، فمثلاً قد يختلف فقيه عن آخر في الاستنباط من ظواهر الأدلة نتيجةٍ لتغير الأعراف في بلديهما.

فمثلاً حَكَم صاحب التذكرة بحرمة بيع عسيب الفحل، واستند في ذلك إلى عدم تقوّمه، فلعل حكمه هذا مبني على العُرف السائد في زمانه؛ إذ لا يُعتبر عسيب الفحل فيه متقوماً بمال معين، فلو تغير العُرف واعتبره مالا يكون هناك تعارض بين الفتوى

---

١. الشيخ أغا بزرك الطهراني، تاريخ حصر الاجتهاد، ص ٨٠

السابقة بحرمة بيع عسيب الفحل المبنية على عدم تقومه عرفا، مع العُرف الذي قام على تقومه ولهذا رد السيد الخوئي استدلال صاحب التذكرة يقول:

والثالث: بعدم كون ما في أصلاب الفحول مالاً لكونه ماء مهيناً، لا قيمة له فيكون العقد عليه باطلاً، وفيه مضافا إلى عدم اعتبار المالية في عوضي المعاملة أن قوامها ما هو باعتبار العقلاء ورغبتهم، فلا شبهة في ترتب الغرض المهم على ما في أصلاب الفحول.[١]

فإذا كان مستند صاحب التذكرة هو العُرف، فتغيره يؤدي إلى التعارض مع تلك الفتوى.

وكذلك نجد هذه المسألة نفسها في قضية اللعب بالشطرنج، فلقد كانت محرمة لما تعورف عليه من كونها آلة للقمار بناء على كون التحريم منصب على هذا ـ فعندما يتغير العُرف سيتعارض مع تلك الفتوى، ولهذا سُئل الإمام الخميني‏ﷺ: لو فقد الشطرنج طابع كونها آلة القمار برمتها، كما في يومنا هذا؛ لأنّها تستعمل كأنها رياضه فكرية، فما حكمها؟

أجاب سماحته: على الفرض المذكور لو لم يكن فيه الرهن ـ والفوز والرسوب ـ لا أشكال فيه.[٢]

ومن الواضح أن فرض السؤال والجواب عليه، يشير إلى ان تغير الفتوى ينبع من تغير الوقت والزمان لا من تغير الحجّة والبرهان، وبمعنى آخر أن العُرف دخل في هذا الأمر عاملاً مغيراً لما كانت عليه الفتوى.

إذن مسألة تعارض العُرف مع الاجتهاد من المسائل المهمة جداً، وهو باب واسع وخطر، ولو قدر له أن يُفتح مع مراعاة تلك الخطورة لأثرى علوم الفقه ولأعطى للتشريع حقه.

ويقول الشهيد الصدر في هذا المجال:

---

١. السيد الخوئي، مصباح الفقاهة، ج ١، ص ٨٤

٢. صحيفة نور، ج ٢٠، ص ٣٤.

وحتى لو تأكدنا أحيانا من صحة النص، وصدوره من النبي أو الإمام، فإننا لن نفهمه إلّا كما نعيشه الآن ولن نستطيع استيعاب وجوهه وشروطه، واستبطان بيئته التي كان من الممكن أن تلقي عليه ضوءً.[١]

فالظروف والبيئة لها مدخلية في الحكم والفتوى، فإذا تغيرت تغيرت الفتوى بموجبها بشرط أن يفهم من دليل الحكم والفتوى أن المناط فيه هو العُرف، أما إذا لم يُفهم ذلك فلا معنى للقول بتعارض العُرف مع الاجتهاد لعدم الاعتبار بالعُرف رأساً، وهذا التعارض نجده واضحاً عند أهل العامة، وذكروا له موارد عديدة منها:

١. إنّ بيع النحل ودود القز غير جائز عند أبي حنيفة؛ لأنّه لم يعتبرهما من الأموال، قياساً على سائر هوام الأرض كالوزغ والضفادع، ولكن الإمام محمد من أصحابه حكم بماليتهما، وصحة بيعها لجريان التعامل بها في عُرف الناس بيعاً وشراءً، ففتوى النعمان عارضت العُرف اللاحق؛

٢. إنّ الأصل القياسي يقتضي بأن على الحاكم أن يستمع إلى كل دعوى ترفع إليه، ثم يقضي للمدعي أو عليه بحسب ما يثبت لديه، ولكن الفقهاء تركوا هذا القياس فيما إذا ادعت الزوجة المدخول بها، أن زوجها لم يدفع إليها شيئاً من مُعجل مهرها، وطلبت القضاء عليه بجميع المهر المعجل، فقالوا: لا تُسمع دعواها هذه، بل يردها القاضي دون أن يسأل عنها الزوج، وعللوا ذلك بالعُرف؛ لأنّ عادة الناس مطّردة لا تكاد تختلف في أن المرأة لا تُزف إلى زوجها ما لم يدفع بعض المهر المعجل أو كله، فتكون دعواها هذه مما يكذب ظاهراً الحال بعد الدخول فلا تسمع.[٢]

وكذلك من تطبيقات تعارض العُرف مع الاجتهاد عند العامة: هو أن:

القواعد القياسية تقتضي بأنه لا يجوز دفع الدين لغير صاحبه، ولا ينفذ قبضه على الدائن ما لم يكن للقابض نيابة عن الدائن من ولاية أو وكالة، ولكن الفقهاء

---

١. الشهيد محمد باقر الصدر، اقتصادنا، ص ٣٨٠، ٣٨١.

٢. مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج ٢، ص ٩١٤، ٩١٥.

تركوا القياس في البنت الباكر البالغة، إذا قبض أبوها أوجدها عند عدم الأب مهرها من زوجها حين زواجها، واعتبروا هذا القبض نافذاً عليها، ومبرئاً لذمة الزوج للعُرف والعادة، ما لم يصدر منها نهي عن دفع المهر إلى سواها.[1]

هذا وتوجد فروع كثيرة في أبواب الفقه من تطبيقات هذا التعارض، ليس من غاية الدراسة تتبعها بقدر الإشارة إليها.

قاعدة الجمع مهما أمكن أولى من الطرح

وقع البحث في المراد من الإمكان هنا في لفظ «مهما أمكن» هل هو الإمكان العقلي أم العُرفي؟

وفي معرض الجواب عن ذلك، قالوا: لا يمكن أن يكون المراد هو الإمكان العقلي؛ لأنّ ذلك يؤدي إلى «انسداد باب التعارض رأساً ضرورة امكان الجمع عقلاً بين المتعارضين في جميع الموارد ولو بحسب الزمان والمكان، وذلك بحمل أحدهما على الليل والآخر على النهار، أو حمل أحدهما في هذا المكان والآخر في المحل الكذائي، أو بحسب حالات المكلف كالصحة والمرض والفقر والغنى وغيرها وعليه فلا يبقى موضوع للأخبار العلاجية، ومن البديهي عدم بناء الأصحاب على اعتبار الجمع العقلي بين الأخبار المتعارضة، بل بناؤهم على إعمال قواعد التعارض فيها من الترجيح والتخيير وغيرهما، ولو كان مرادهم الإمكان العقلي لكان عملهم مخالفاً لقولهم ولكان مقدماً على أحكام التعارض، فلا وجه لإرادة الإمكان العقلي من القاعدة في معقد الإجماع بل المراد هو الإمكان العُرفي كحمل العام على الخاص، والمطلق على المقيد وغيرهما من موارد الجمع العُرفي.[2]

وصاحب الكفاية لم يستبعد الإمكان العُرفي من القاعدة فقال: فلا يبعد

---

١. مصطفى أحمد الزقاء: المدخل الفقهي العام، ج٢، ص٩١٥.

٢. المروج، منتهى الدراية، ج٨، ص٩٦.

أن يكون المراد من إمكان الجمع هو إمكانه عُرفاً.[1]

وهناك مباحث أخرى في التعارض وخصوصاً في موارد الترجيح بحيث جُعل العُرف فيها حكماً لتحديد مواضيعها ولكن ـ سردها هنا ـ قد يُخرج البحث عن مجراه الطبيعي.

١. الأخوند الخراساني، كفاية الأصول، ص٤٤١.

٩
نماذج من العمل بالعُرف عند المذاهب الإسلامية

اعتبرت جميع المذاهب الإسلامية العمل بالعُرف، وبنت عليه الكثير من المسائل في مختلف الأبواب الفقهية، ولم يكن ذلك على درجة واحدة عند الجميع، بل اختلفت مساحة العمل به سعة وضيقاً من مذهب إلى آخر، وسنذكر هنا نماذج من العمل بالعرف عند المذاهب الإسلامية وفي أبواب الفقه المختلفة تُبين ذلك التباين.

نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الشيعي

كتاب التجارة: يقول الشيخ الطوسي‏: المماثلة شرط في الربا، وإنما يعتبر المماثلة بعُرف العادة بالحجاز على عهد رسول الله‏ﷺ، فإن كانت العادة في الكيل لم يجز إلّا كيلاً، أو ما كان العُرف فيه الوزن لم يجز إلّا وزناً في سائر البلاد.[١]

ويقول صاحب الحدائق: لا ريب أن الواجب في معاني الألفاظ الواردة في الأخبار هو الحمل على عرفهم‏، فكلما عُلم كونه مكيلاً أو موزوناً في زمنهم‏ وجب إجراء الحكم بذلك عليه في الأزمنة المتأخرة.[٢]

ويقول السيد الخوئي في مبحث المكيل والموزون: فتحصل أنّ الميزان في كون

---

١. الشيخ الطوسي، المبسوط، ج٢، ص٩٠.

٢. يوسف البحراني، الحدائق الناظرة، ج١٨، ص٤٧١.

الشيء مكيلاً أو موزوناً هو ما صدق عليه المكيل والموزون في أي زمان كان، فإنه حينئذ لحقه حكمه.[١]

كتاب الإيمان: يقول العلامة الحلي: لو حلف: لا شربت من الفرات، حنث بالشرب من مائها، سواء كرع منها أو اغترف بيده أو بإناء، وقيل: لا يحنث إلّا بالكرع منها، والأول هو العُرف.[٢]

وقال أيضاً: إذا حلف لا أكلت رؤوساً انصرف إلى ما جرت العادة بأكله غالباً كرؤوس البقر والغنم والأبل، ولا يحنث برؤوس الطيور والسمك والجراد، وفيه تردد، ولعل الاختلاف عادي.[٣]

وشرح صاحب الجواهر قوله أعلاه «ولعل الاختلاف عادي» فقال: بمعنى ان منشأه اختلاف العادة في الانسياق المزبور ـ أي الإنسياق العُرفي ـ باختلاف الأمكنة والأزمنة.[٤]

كتاب الإقرار: قال العلامة: لو أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة أو مغشوشة أو بدنانير في بلد دنانيرهم مغشوشه، فالأقرب الحمل على عُرف ذلك البلد ودنانيره؛ لأنّ مطلق كلامهم يحمل على عُرف بلدهم كما في البيع بالأثمان.[٥]

كتاب الإجارة: قال الشيخ الطوسي في الخلاف: إذا قال آجرتك هذه الدارشهراً، ولم يقل من هذا الوقت وأطلق فإنه لا يجوز.[٦]

وقال ابن البراج: وعندنا هو جائز،[٧] وكذلك قال: ابن إدريس الحلي،[٨] أما العلامة

---

١. السيد الخوئي، مصباح الفقاهة، ج٥، ص٣٠٠.
٢. الحلي، شرائع الإسلام، ج٦، ص٣٠، ٣١.
٣. المصدر السابق، ص٣١.
٤. محمد حسن النجفي، جواهر الكلام، ج٣٥، ص٢٨٨.
٥. العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج٢، ص١٥٥.
٦. الشيخ الطوسي، الخلاف، ج٣، ص٤٩٦.
٧. ابن البراج الطرابلسي، المهذب، ج١، ص٤٧٦.
٨. ابن ادريس، السرائر، ج٢، ص٤٥٨.

الحلي فقال بعد التحقيق: إن كان العُرف في الإطلاق يقتضي الاتصال، فالحق ما قاله إبن البراج، وإن كان لا يقتضيه، فالحق ما قاله الشيخ، لحصول الجهاله على التقدير الثاني دون الأول.[١]

كتاب القذف: قال المحقق الحلي: لو قال: يا ديوث أو يا كشخان أو يا قرنان، أو غير ذلك من الألفاظ، فإن أفادت القذف في عُرف القائل لزمه الحد، وإن لم يعرف فائدتها، أو كانت مفيدة لغيره فلا حد، ويعزر إن أفادت فائدة يكرهها المواجه.[٢]

نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الحنفي

يقول البابرتي: وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجّار فهو عيب؛ لأن التضرر بنقصان المالية، ونقصان المالية بانتقاص القيمة، فالنقص بانتقاص القيمة، والمرجع في معرفته عُرف أهله.[٣]

فالعمل بالعُرف هنا لتشخيص العيب في المبيع.

ويقول السرخسي في باب السلم: ولا بأس بالسلم في العصير في حينه وزناً أو كيلاً؛ لأنّه يوزن أو يكال كاللبن... والأصل أن ما عُرف كونه مكيلاً على عهد رسول اللهﷺ فهو مكيل أبداً، وإن اعتاد الناس بيعه وزناً، وما عُرف كونه موزوناً في ذلك الوقت فهو موزون أبداً، وما لم يعلم كيف كان يعتبر فيه عُرف الناس في كل موضع إن تعارفوا فيه الكيل والوزن جميعاً فهو مكيل وموزون هذا عند الإمام وأصحابه، وخالفهم أبو يوسف فقال: إنّ المعتبر في جميع الأشياء العُرف؛ لأنّه إنّما كان مكيلاً في ذلك الوقت أو موزوناً في ذلك الوقت باعتبار العُرف لا بنص فيه من رسول اللهﷺ....[٤]

---

١. العلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج٦، ص١٠٣.
٢. المحقق الحلي، شرائع الإسلام، ج٨ ص٥٠، ٥١.
٣. البابرتي، شرح العناية على الهداية، مطبوع على هامش شرح فتح القدير، ج٥، ص١٥٣.
٤. السرخسي، المبسوط، ج١٢، ص١٤٢.

وقال أيضاً في باب الوكالة في الرهن:

إذا دفع الرجل إلى رجل متاعاً فقال: بعه أو ارهن به لي، ففعل، فهو جائز في قول أبي حنيفةﷺ سواء كان الرهن مثل الثمن أو أقل بما لا يتغابن الناس فيه، لأن الأمر بالارتهان مطلق فيجري على إطلاقه، ما لم يقم دليل التقييد، وعندهما لا يجوز إلّا أن يرتهن رهناً هو مثل الثمن، أو أقل بما يتغابن الناس فيه بناءً على أصلهما، إن التقييد يحصل بدلالة العُرف، ولو باعه ولم يرتهن به رهناً هو مثل الثمن أو أقل مما يتغابن فيه بناءً على أصلهما إن التقييد يحصل بدلالة العُرف، ولو باعه ولم يرتهن به رهناً لم يجز البيع؛ لأنّ الأمر قيد التوكيل بما فيه منفعة له، وهو الارتهان بالثمن ليكون حقه مضموناً وليندفع عنه ضرر الشراء عند موت المشتري مفلساً، فإذا باعه ولم يرتهن به لم يحصل مقصوده الذي صرح به فلا ينفذ تصرفه فيه.[1]

وقال أيضاً في بحث الوكالة: وإذا وكله بألف درهم يُصّرفها له بدنانير فصّرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة؛ لأنّ وزن الكوفية كوفية، وقال أبو يوسف ومحمد: أما اليوم فإن صرّفها بكوفية مقطعة لم يجز؛ لأنّ وزن الكوفية على الشامية الثقال، وإنّما جاز قبل اليوم... وهذا اختلاف عصر، فأبو حنيفة افتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك، والحاصل أنه يعتبر في كل زمان ومكان ما هو المتعارف.[2]

وفي مبحث المهر قال: إذا سمي في المهر بيتاً، فالمراد منه متاع البيت عادة دون البيت المسمى، وهذا معروف بالعراق، يتزوج على بيت أو بيتين فيريدون متاع البيت فما تجهز به تلك المرأة... ثم قال في مسألة الاختلاف في قيمة البيت والخادم، فقال: وليس هذا باختلاف في الحقيقة، ولكن أبا حنيفة قصر فتواه على ما شاهده في زمانه....[3]

---

١. المصدر السابق، ج١٩، ص٧٧، ٧٨.

٢. المصدر السابق، ج١٤، ص٦٦.

٣. المصدر السابق، ج٥، ص٦٩.

نماذج من العمل بالعُرف عند الفقه المالكي

اعتبر الإمام مالك العُرف في كثير من المسائل الفقهية وباختلاف أبوابها، وسار على ذلك أنصاره وأصحابه، فمثلاً في مسألة الرضاع فرّقوا فيه بين الزوجة الدنيئة والشريفة، وقالوا: إن الرضاع على الزوجة الدنيئة دون الشريفة، وكان مستندهم في هذه التفرقة هو العُرف، ولهذا يقول ابن رشد: وأما من فرّق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العُرف والعادة.[١]

وفصّل مالك الخصومة بين العامل ورب المال بالعُرف، وما يتعامل به الناس، فقال في مسألة (كيفية توزيع الربح بينها في المضاربة):

في رجل دفع إلى رجل مالاً للقراض فربح فيه ربحاً، فقال العامل: قارضتك على أن لي الثلثين، وقال صاحب المال: قارضتك على أن لك الثلث، قال مالك: القول قول العامل، وعليه في ذلك اليمين إذا كان ما قاله يشبه قراض مثله، وكان ذلك نحواً مما يتقارض عليه الناس، وإن جاء بأمر يستنكر، ليس على مثله يتقارض الناس، لم يصدق ورد إلى قراض مثله.[٢]

وبنى الفقه المالكي كثيراً من المسائل الفقهية على العُرف، ومن راجع المدونة الكبرى للامام مالك يجد هذا المعنى بوضوح، بل تعدى ذلك حتى إلى طهر النفساء والى مدة النفاس وما شابه ذلك.[٣]

نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الشافعي

لم يشذ الفقه الشافعي عن بقية المذاهب في العمل بالعُرف، فقد اعتمد الإمام الشافعي في كتابه الأم على العُرف في كثير من المسائل الفقهية، فمثلاً جعل مسألة تشخيص الحرز، الذي يتحقق فيه القطع عند السرقة منه على العُرف.[٤]

---

١. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج٢، ص٦١.
٢. الامام المالك، الموطأ، ج٢، ص٧١٠.
٣. الامام مالك، المدونة الكبرى، ج١، ص٥٣.
٤. الشافعي، كتاب الام، ج٦، ص١٣٥، ١٣٦.

وكذلك في مسألة الاستصناع، فحتى مع عدم ذكر الأجرة ومقدارها، فالمستصنع يستحق الإجرة عملاً بالعُرف، ولهذا يقول عز الدين بن عبد السلام: استصناع الصناع الذي جرت عادتهم بأنّهم لا يعملون إلّا بالأجرة، إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة، كالدلال، والحلاق والقاصد، والحجّام، والنجّار، والحمّال، والقصّار، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العُرف على ذلك.[١]

وبنى الفقه الشافعي الكثير من مسائل الأيمان على العُرف، فلو حلف رجل لا يأكل لحماً فأكل سمكاً، لم يحنث؛ لأنّ السمك لا يسمى لحماً عرفاً يقول السيوطي: لو حلف لا يجلس على بساط، أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله بساطاً، ولا تحت السماء وإن سماها الله سقفاً، ولا في الشمس وإن سماها الله سراجاً... فقدم العُرف في جميع ذلك لأنها استعملت في الشرع تسمية بلا تعلق حكم وتكليف،[٢] وبيّنا في مبحث التعارض الفرق بين الأسماء التي تعلقت بها الأحكام وبين الاسماء التي لم تتعلق بها أحكام.

نماذج من العمل بالعُرف في الفقه الحنبلي

سار الفقه الحنبلي على ما سرت عليه المذاهب الإسلامية في اعتبار العُرف والعمل به، ففي بيع المعاطاة قالوا:

> ولنا أن الله أحل البيع ولم يبيّن كيفيته فوجب الرجوع فيه إلى العُرف، كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق، والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك؛ ولأنّ البيع كان موجوداً بينهم معلوماً عندهم، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان، فلا يجوز تغيره بالرأي والتحكم.[٣]

وأقام الفقه الحنبلي العُرف مقام القول، ولهذا صححوا العمل بالأجرة عن غير عقد ولا

---

١. عز الدين بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الانام، ج ٢، ص ١٣٠.
٢. السيوطي، الاشباه والنظائر، ص١٠٣.
٣. ابن قدامة، المغني، ج ٣، ص ٤٨١.

شرط ولا حتى تعريض لذكر الأجر، وقالوا: لنا إنّ العُرف الجاري بذلك يقوم مقام القول فصار كنقد البلد وكما لو دخل حماماً أو جلس في سفينة مع ملاح،[١] ولكن بشرط أن يكون صاحب الحمام أو الملاح ناصباً نفسه للأجرة عرفاً، ولهذا أشاروا إلى ذلك بالقول: فأما إن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا أجراً إلّا بعقد أو شرط العوض، أو تفويض به؛ لأنّه لم يجر عُرف يقوم مقام العقد فصار كما لو تبرع به أو عمل بغير إذن مالكه.[٢]

وكذلك اعتبر الحنابلة العُرف في مسألة انقضاء العدة، يقول ابن رجب الحنبلي: إذا تعارض الأصل والظاهر، فإن كان الظاهر حجّة يجب قبولها شرعاً كالشهادة والرواية والأخبار فهو مقدم على الأصل بغير خلاف، وان لم يكن كذلك، بل كان مستنده العُرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك، فتارة يُعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل، ومن ذلك قبول قول المعتدة في انقضاء عدتها بالاقراء ولو في شهر في أحد الوجهين، والمنصوص أنه لا يقبل إلّا بالبينة في الشهر وفرّق صاحب الترغيب بين مَن لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها إلّا ببينة بخلاف من لا عادة لها، وفي الفنون لابن عقيل: لا يقبل مع فساد النساء إلّا ببينة تشهد أن هذه عادتها، أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً.[٣]

واختلفوا في مسألة ادعاء الزوجة بعد طول زواجها، إن زوجها لم يعطيها النفقة الواجبة، فقال بعضهم القول قولها مع يمينها؛ لأنّ الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً، واختار الشيخ تقي الدين الرجوع إلى العادة.[٤]

---

١. المصدرالسابق، ج٥، ص٤١٥. ٢. المصدرالسابق.

٣. ابن رجب الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ص٣٦٧، ٣٦٨.

٤. المصدر السابق، ص٣٦٩.

خاتمة

المتأمل لما تقدم يجد أن العُرف قد اعتبر عند المذاهب الإسلامية جميعاً، وبنوا عليه الكثير من المسائل الفقهية، واستدلوا به على خصومهم هذا، ولكن المساحة المهداة إليه من قبلهم قد اختلفت، فمنهم من وسع ومنهم من ضيق كما بيّنا ذلك عند ذكر كلماتهم.

المصادر والمراجع

١. القرآن الكريم.
٢. الإحكام في أصول الأحكام، سيف الدين أبو الحسن الامدي، تحقيق: عبدالرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، دمشق، ط ٢، ١٤٠٢ق.
٣. الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، أحمد ابن إدريس القرافي، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، ١٣٨٧ق / ١٩٦٧م.
٤. لإرشاد الفحول، الشوكاني، مطبعة الباب الحلبي، القاهرة، ط ١، ١٣٥٦ق.
٥. الإسلام بنظرة عصرية، محمد جواد مغنية، دار التيار الجديد، بيروت، ط ٤،١٤١١ق / ١٩٩٠م.
٦. الإسلام ومتطلبات العصر والزمان، الشهيد مرتضى مطهري، إيران، قم.
٧. الأشباه والنظائر، جلال الدين السيوطي، تحقيق: البغدادي، دار الكتب العربية، بيروت.
٨ الأشباه والنظائر، زين العابدين بن إبراهيم ابن نجيم، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، ط ١، ١٤٠٣ق / ١٩٨٣م.
٩. الأشباه والنظائر، عبدالوهاب السبكي، تحقيق: احمد ابن الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١١ق / ١٩٩١م.
١٠. الأصول الأصلية، السيد عبدالله شبر، نشر كتاب فروش مفيد، ١٤٠٤ق.
١١. الأصول العامة، محمد تقي الحكيم، دار الأندلس.
١٢. اعلام الموقعين، شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ١٣٩٧ق / ١٩٧٧م.
١٣. اقتصادنا، السيد الشهيد محمد باقر الصدر، المجموعة الكاملة لمؤلفات السيد الشهيد، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ط ٢، ١٤٠٨ق / ١٩٨٧م.
١٤. الأم، محمد بن إدريس الشافعي، طبع الأميرية.
١٥. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد ابن حنبل، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، دار إحياء التراث العربي، بيروت ـ أساس البلاغة.

١٦. أثر العُرف في التشريع الإسلامي، السيد صالح عوض، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (بی تا).
١٧. أجود التقريرات، محمد حسين النائيني، تقرير بحث السيد الخوئي، نشر مكتبة المصطفوي، قم، ١٣٦٨ش.
١٨. أحكام القرآن، ابن العربي، تحقيق: البجاوي علي ابن محمد، مطبعة عين البابي الحلبي، ط ٣، ١٣٩٢ق / ١٩٧٢م.
١٩. أساس البلاغة، أبو القاسم محمود ابن عمر الزمخشري، مركز تحقيق: التراث،ط ٤، ١٩٧٣م.
٢٠. أصول الاستنباط، السيد علي نقي الحيدري، نشر إدارة الحوزة العلمية، قم، ١٤١٢ق.
٢١. أصول الفقه الإسلامي، وهبه الزحيلي، دار الفكر، دمشق، ط ٢، ١٤١٨ق / ١٩٩٨م.
٢٢. أصول الفقه، محمد أبي النور زهير، دار الاتحاد العربي، القاهرة.
٢٣. أصول الفقه، محمد رضا المظفر، انتشارات الفيروزآبادي، قم، ط ١.
٢٤. أصول القانون، أبو ستيت وعبدالرزاق السنهوري، دار التأليف، بيروت.
٢٥. أقرب الموارد، سعيد الخوري الشرتوني، مطبعة اليسوعية، بيروت.
٢٦. بحر الفوائد، الميرزا الآشتياني، نشر مكتبة آية الله العظمى السيد المرعشي النجفي.
٢٧. بدائع الأفكار، الميرزا الرشتي، مؤسسة آل البيت ﷺ، قم، ١٣١٣ق.
٢٨. بدائع الصنائع، أبو بكر ابن مسعود الكاساني، المطبعة العلمية.
٢٩. بدائع القواعد، شمس الدين محمد بن ابي بكر ابن القيم الجوزية، طبع بالأوفسيت عن الطبعة الميرية، مصر.
٣٠. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد، ١٣٨٦ق / ١٩٦٦م.
٣١. البهجة في شرح التحفة، علي بن عبدالسلام والتسولي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٨ق / ١٩٩٨م.
٣٢. بيع المرابحة، محمد سليمان الأشقر، دار النفائس، الأردن، الطبعة الثاني، ١٤١٥ق / ١٩٩٥م.
٣٣. تاج العروس، محمد مرتضى الزبيدي، مكتبة الحياة، بيروت.
٣٤. تاريخ التشريع الإسلامي، السايس وغيره، طبع وادي الملوك.
٣٥. تاريخ حصر الاجتهاد، آغا بزرك الطهراني، تحقيق: محمد علي الأنصاري، منشورات مدرسة الإمام الهادي، قم، ١٤٠١ق.
٣٦. تبصرة الأحكام في أصول الاقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين بن ابراهيم بن علي ابن فرحون، مطبوع على هامش فتح العلي، مطبعة الباب الحلبي، مصر، ١٣٧٨ق / ١٩٥٨م.
٣٧. تبيين الحقائق، أبو محمد فتح الدين أبو محجن الزيعلي.
٣٨. التحقيق الباهر، محمد هبة الله بن محمد بن يحيى التاجي، ١٢٢٤ق.
٣٩. تذكرة الفقهاء، العلامة الحلي، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
٤٠. تفسير الفخر الرازي، الفخر الرازي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط ٣.

٤١. تفسير الميزان، العلامة السيد محمد حسين الطباطبائي، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات بيروت، ط ١، ١٤١١ق / ١٩٩١م.
٤٢. التقرير والتحبير، العلامة المحقق ابن أمير الحاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ٢، ١٤٠٣ق / ١٩٨٣م.
٤٣. التقرير والتحبير شرح التحرير، محمد بن محمد بن أمير الحاج، مطبعة الأميرية.
٤٤. جواهر الكلام، الشيخ محمد حسن النجفي، تحقيق: علي الآخوندي، دار إحياء التراث العربي، ط ٧.
٤٥. حاشية البناتي على شرح المحلى على جمع الجوامع، عبدالرحمن بن جاد الله البناتي، مصطفى الباب الحلبي، القاهرة، ط ٢، ١٣٥٦ق / ١٩٣٧م. ٣٧ـ الحاشية الخليلية.
٤٦. الحاشية الخليلية، الشيخ خليل بن الغازي القزويني، طبعت مع كتاب العدّة للشيخ الطوسي، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ط ١، ١٤٠٣ق.
٤٧. الحاشية على الكفاية، السيد حسين البروجردي، نشر أنصاريان، ١٤١٢ق.
٤٨. الحدائق الناظرة في أحكام العترة الطاهرة، الشيخ يوسف البحراني، مؤسسة النشر الإسلامي، جامعة مدرسين، قم.
٤٩. حقائق الأصول، السيد محسن الحكيم، نشر بصيرتي، ١٤٠٨ق.
٥٠. حواشي المشكيني، أبو الحسن المشكيني، نشر لقمان، قم، ١٤١٣ق.
٥١. الخلاف، الشيخ محمد بن الحسن الطوسي، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٧ق، ط ١.
٥٢. درر الفوائد، الشيخ عبدالكريم الحائري، نشر مهر، قم.
٥٣. دروس تمهيدية في القواعد الفقهية، الشيخ باقر الإيرواني، أنوار الهدى، قم،ط ١، ١٤١٨ق.
٥٤. دروس في علم الاصول، محمد باقر الصدر، دار الكتب اللبناني، بيروت، ط ٢، ١٤٠٦ق.
٥٥. ديوان النابغة، النابغة، الذبياني.
٥٦. الذريعة في أصول الشيعة، السيد المرتضى.
٥٧. الرسائل، السيد روح الله الامام الخميني، انتشارات إسماعيليان، قم، ١٣٥٨ق.
٥٨. رسائل المرتضى، الشريف المرتضى، تحقيق: مهدي رجائي، دار القرآن، ١٤٠٥ق.
٥٩. رسالة الإسلام، مجلة إسلامية عالمية تصدر عن دار التقريب بين المذاهبالإسلامية، القاهرة.
٦٠. رسالة الطوفي، الطوفي، (منشورة في كتاب مصادر التشريع فيما لا نص له، للمؤلف عبدالوهاب خلاّف) دار الكتاب العربي، مصر.
٦١. روضة الناظر، ابن قدامه، المكتبة السلفية، القاهرة.
٦٢. زاد المعاد في هدى خير العباد، ابن القيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٣، ١٤٠٢ق / ١٩٩٢م.

٦٣. سد باب الاجتهاد، عبدالكريم الخطيب، مطبعة الرسالة، بيروت.
٦٤. السرائر، محمد بن منصور بن احمد الحلي، ابن ادريس الحلي، مؤسسة النشر الإسلامي، جامعة المدرسين، قم.
٦٥. السلسبيل في معرفة الدليل، صالح بن ابراهيم البليهي، مكتبة الرشيد، الرياض،ط ١، ١٤٢١ق.
٦٦. سنن ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي، دارالفكر، بيروت.
٦٧. سنن ابي داود، سليمان الأشعث السجستاني، دار الفكر بيروت، ط ١، ١٩٩٠م.
٦٨. سنن الترمذي، حمد بن عيسى ابن سورة، تحقيق: احمد محمد شاكر وغيره، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
٦٩. السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، بيروت.
٧٠. شرائع الإسلام، المحقق الحلي، دار الزهراء، بيروت، ط ١، ١٣٠٩ق.
٧١. شرح اصول الكافي، مولى محمد صالح المازندراني.
٧٢. شرح العناية على الهداية، البابرتي، مطبوع بهامش شرح فتح القدير.
٧٣. شرح القواعد الفقهية، أحمد بن محمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط ١، ١٣٠٩ق.
٧٤. شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير، محمد بن محمد بن عبدالعزيز بن النجار الحنبلي، تحقيق: د. محمد زحيلي ونزيهه حماد، مركز البحث العلمي، جامعة أم القرى، مكة، ط ١، ١٤٠٠ق.
٧٥. شرح تنقيح الفصول، أحمد بن ادريس القرافي، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، مكتب الكليات الازهرية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩٣ / ١٤١٢م.
٧٦. شرح فتح القدير، الكمال بن الهمام، دار الفكر، بيروت.
٧٧. عدة الأصول، الشيخ الطوسي، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ط ١، تحقيق: محمد مهدي نجف، ١٤٠٣ق.
٧٨. عدّة الأصول، الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تحقيق: محمد مهدي نجف، نشر مؤسسة آل البيت، قم.
٧٩. العرُف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، عادل عبدالقادر ولي قوته، المكتبة المكية، ط ١، ١٤١٨ق / ١٩٩٧م.
٨٠. العرُف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد فهمي أبو سنّة، مطبعة الأزهر، القاهرة ١٩٤٧م.
٨١. علم أصول الفقه، عبدالوهاب خلّاف، دار القلم، الكويت، ط ٩، ١٣٩٠ق / ١٩٧٠م.
٨٢. عناية الأصول، السيد مرتضى الحسيني اليزدي الفيروزآبادي، أنتشارات الفيروزآبادي، قم، ط ٢، ١٤٠٠ق.
٨٣. الغدير، الشيخ عبدالحسين الأميني، دار الكتاب العربي، بيروت، سنة ١٣٧٩.

٨٤ غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤٠٥ق.
٨٥ الفتاوى الواضحة، السيد الشهيد محمد باقر الصدر، المجموعة الكاملة لمؤلفات السيد الشهيد، دار التعارف للمطبوعات، ١٤٠٨ق / ١٩٨٧م.
٨٦ فتح الباري شرح صحيح البخاري، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبدالعزيز بن باز، المطبعة السلفية، مصر، ١٣٨٠ق.
٨٧ الفتوحات الربانية، محمد بن غيلان الصديقي، دار احياء التراث العربي، بيروت.
٨٨ فجر الإسلام، أحمد أمين.
٨٩ فرائد الاصول، الشيخ الأنصاري، لجنة تحقيق: تراث الشيخ الأعظم، مجمع الفكر الإسلامي، قم.
٩٠. الفروسية، ابن القيم الجوزية، تحقيق: محمد نظّام الدين الفتيح، مكتبة دار التراث، المدينة المنورة، ط ١، ١٤١٠ق / ١٩٩٠م.
٩١. الفروق، أحمد بن ادريس القرافي، دار المعرفة، بيروت، طبعة مصورة.
٩٢. الفصول الغروية، محمد حسين الأصفهاني، دار الإحياء للعلوم الإسلامية، قم، ١٤٠٤ق.
٩٣. فقه إمام الحرمين، عبدالعظيم الديب، دار الوفاء، القاهرة، ط٢، سنة ١٤٠٩هـ ١٩٨٨م.
٩٤. فلسفة التشريع الإسلامي، صبحي المحمصاني، مطبعة الكشاف، بيروت، ط ٣.
٩٥. القانون الدولي العام، محمد سامي جنينة، منشورات مطبعة الاعتماد، مصر.
٩٦. القانون المقارن والمفاهيم القانونية الكبرى المعاصرة، د. عبدالسلام النزمانيني، طبع جامعة الكويت.
٩٧. قواعد الاحكام في مصالح الانام، العز بن عبدالسلام، دار الكتب العلمية، بيروت.
٩٨. القواعد الفقهية، السيد البجنوردي، انتشارات إسماعيليان، ط ٢، ١٤١٠ق.
٩٩. القواعد الفقهية، الشيخ محمد فاضل لنكراني، مؤسسة الكلام، قم، ط ١، ١٤١٦ق.
١٠٠. القواعد الفقهية، ناصر مكارم الشيرازي، مدرسة الإمام علي بن أبي طالب،ط ٤، ١٤١٦ق.
١٠١. القواعد في الفقه الإسلامي، ابن رجب الحنبلي.
١٠٢. قوانين الأصول، الشيخ أبو القاسم القمي، المكتبة العلمية الإسلامية، طهران، طبع رحلي، بخط عبدالرحيم.
١٠٣. الكافي، الشيخ الكليني، مطبعة حيدري، دار الكتب الإسلامية، قم، ط ٣، ١٣٨٨ق.
١٠٤. الكافي في الفقه، أبو الصلاح الحلبي، تحقيق: رضا أستادي، مكتبة الإمام أمير المؤمنين، أصفهان.
١٠٥. كتاب البيع، الامام سيد روح الله الخميني ﷺ، مؤسسة إسماعيليان، ط ٤، ١٤١٠ق.

١٠٦. الكشاف، الزمخشري، طبع الاستقامة.
١٠٧. كشف الخفاء، أحمد القلاش، مكتبة التراث الإسلامي، حلب.
١٠٨. كفاية الاصول مع حواشي الشيخ المشكيني، الآخوند الخراساني، دار الحكمة، قم، ط ١، ١٤١٣ق.
١٠٩. لسان العرب، جمال الدين محمد بن مكرم الافريقي المصري بن منظور، دار الفكر، ط ١، ١٤١٠ق / ١٩٩٠م.
١١٠. اللمعة الدمشقية، محمد بن جمال الدين مكي العاملي(الشهيد الأوّل)، منشورات مكتبة الداوري، قم.
١١١. اللمعة الدمشقية، محمد بن جمال الدين مكي العاملي، دار الفكر، بيروت، ط ١، ١٤١١ق.
١١٢. مباحث الأصول، كاظم الحائري، مكتب الاعلام الإسلامي، قم، ط ١، ١٤٠٨ق.
١١٣. مبادئ القانون الدولي، محمد بو سلطان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٤م.
١١٤. مبادئ أصول القانون، عبدالرحمن البزاز، مطبعة العاني، بغداد، ط ٢، ١٩٥٨م.
١١٥. المبسوط، الشيخ الطوسي، صححه وعلق عليه: محمد باقر البهبودي، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
١١٦. المبسوط، شمس الدين محمد بن أحمد السرخسي، بيروت، ١٤٠٩ق / ١٩٨٩م.
١١٧. متون فقه پژوهي، دفتر أوّل، فقه زمان ومكان، كنگره بررسى مبانى فقهى حضرت امام خمينى.
١١٨. مجلة التوحيد، تصدر في قم، العدد ٥٨.
١١٩. مجلة رسالة الإسلام، تصدر عن دار التقريب، القاهرة، العدد الأوّل، السنة الرابعة.
١٢٠. مجلة فقه أهل البيتعليهم السلام، العدد العاشر، السنة الثالثة، قم.
١٢١. مجلة فقه أهل البيتعليهم السلام، تصدر عن دائرة المعارف الإسلامية طبقاً لمذهب أهل البيتعليهم السلام، العدد العاشر، السنة الثالثة، ١٤١٩ق / ١٩٩٨م.
١٢٢. مجموعة رسائل ابن عابدين، محمد أمين أفندي، المشهور بابن عابدين، ١٣٥٢ق.
١٢٣. المحاسن، احمد بن محمد بن خالد البرقي، تحقيق: السيد جلال الدين الحسيني، نشر دار الكتب الإسلامية.
١٢٤. محاضرات في اصول الفقه، الشيخ محمد اسحاق الفياض، مكتبة أنصاريان، قم، ١٤١٧ق.
١٢٥. المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، عبدالحق بن عطية الاندلسي، دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٠٩ق / ١٩٨٩م.
١٢٦. المحكم في أصول الفقه، السيد محمد سعيد الحكيم، مؤسسة المنار، ط ١، ١٤١٤ق.
١٢٧. المختارات الجلية في المسائل الفقهية، عبدالرحمن بن ناصر السعدي، منشورات مؤسسة السعيدية، الرياض.

١٢٨. مختلف الشيعة، العلامة الحلي، مكتب الاعلام الإسلامي، قم، ط ١، ١٤١٦ق.
١٢٩. المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقا، مطابع الف باء، الأديب، دمشق، ط ٩، ١٣٨١ق / ١٩٦٨م.
١٣٠. المدخل إلى أصول الفقه، معروف الدواليبي، مطبعة الجامعة السورية، ط٣.
١٣١. المدخل للعلوم القانونية، د. جسن كيره، طبع القاهرة.
١٣٢. المدونة الكبرى، الإمام مالك بن أنس الأصبحي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١٤١٥ق / ١٩٩٤م.
١٣٣. مسالك الأفهام، زين الدين بن علي العاملي(الشهيد الثاني)، مؤسسة المعارف الإسلامية، ط ١، ايران، قم، ١٤١٤ق.
١٣٤. مستدرك الحاكم، الحاكم النيسابوري، دار المعرفة، بيروت.
١٣٥. المستصفى، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، طبع مصطفى محمد، دار صادر، بيروت.
١٣٦. مسند أحمد بن حنبل، الإمام أحمد ابن حنبل، دار صادر، بيروت.
١٣٧. المسودة في اصول الفقه، آل تيمية، دار الكتاب العربي، بيروت.
١٣٨. مصادر التشريع فيما لا نص له، عبدالوهاب خلاف، دار القلم، الكويت، ط ٤، ١٣٩٨ق / ١٩٧٨م.
١٣٩. مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني، محمد علي كاشف الغطاء، مطبعة الاداب، النجف، ١٤٠٨ق / ١٩٩٨م.
١٤٠. مصباح الأصول، السيد أبو القاسم الخوئي، المقرر السيد محمد سرور البهسودي، نشر مكتبة الداوري، قم، ١٤١٧ق.
١٤١. مصباح الفقاهة، السيد أبو القاسم الخوئي، بقلم الميرزا محمد علي التوحيدي، دار الهادي، بيروت، ط ١، ١٤١٢ق / ١٩٩٢م.
١٤٢. المصباح المنير ي غريب الشرح الكبير، احمد بن محمد المقري الفيومي، دار المعارف،مصر.
١٤٣. مطارح الأنظار، تقريرات الشيخ الأنصاري، كتبها الشيخ أبو القاسم كلانتر، نشر مؤسسة آل البيت عليهم السلام، قم.
١٤٤. معارج الأصول، المحقق الحلي، مؤسسة آل البيت للطباعة والنشر، مطبعة سيد الشهداء، قم، ط ١، ١٤٠٣ق.
١٤٥. معالم الدين في الأصول، الشيخ حسن بن زين الدين العاملي، المكتبة الإسلامية، طهران، طبع أوفسيت.
١٤٦. معاني الأخبار، الشيخ الصدوق، تحقيق: علي أكبر غفاري، انتشارات إسلامي،قم، ١٣٦١ق.
١٤٧. المعتبر في شرح المختصر، المحقق الحلي، نشر مؤسسة سيد الشهداء، مدرسة الإمام أمير المؤمنين، قم.

١٤٨. معجم مقاييس اللغة العربية، احمد بن عارس ابن زكريا، طبع الحلبي، مصر، ط ٢، ١٣٩١ق / ١٩٧١م.
١٤٩. مفاتيح الأصول، السيد محمد مجاهد، نشر مؤسسة آل البيت، قم.
١٥٠. مفردات ألفاظ القرآن، الراغب الاصفهاني، تحقيق: صفوان عدنان داوودي، دار العلم دمشق، ط ١، ١٤١٢ق / ١٩٩٢م.
١٥١. المفردات في غريب القرآن، الراغب الاصفهاني، دفتر نشر الكتاب، ط ١، ١٤٠٤ق.
١٥٢. مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر ابن عاشور، طبع تونس، الشركةالتونسية، ١٩٧٨م.
١٥٣. المكاسب، الشيخ الأنصاري، انتشارات داهاقاني، إسماعيليان، قم، ط ٢، ١٣٧٤ق.
١٥٤. المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة بيروت، ط٣، ١٤١٨ق / ١٩٩٧م.
١٥٥. منتقى الاصول، السيد محمد حسين الروحاني، نشر مطبعة أمير، ١٤١٨ق.
١٥٦. منتهى الدراية، محمد جعفر الجزائري المروج، مؤسسة دار الكتاب، قم، ط٣.
١٥٧. المنخول، الغزالي، دار الفكر، دمشق.
١٥٨. الموافقات في أصول الشريعة، إبراهيم بن موسى اللخمي الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت.
١٥٩. الموافقات في أصول الشريعة، ابي إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي الشاطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨ق / ١٩٩٨م.
١٦٠. الموطأ، الإمام مالك، تعليق: محمد فؤاد عبدالباقي، طبع عيسى الحلبي وشركاءه، ١٣٧٠ق / ١٩٥١م.
١٦١. المهذب، عبدالعزيز بن البراج الطرابلسي، مؤسسة النشر الإسلامي، جامعةالمدرسين، ١٤٠٦ق.
١٦٢. نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيعلي، المجلس العلمي، الهند، ط ٢، ١٣٩٣ق.
١٦٣. نظرات في أصول الفقه، عمر سليمان عبدالله الاشقر، دار النفائس، الأردن، ط ١، ١٤١٩ق / ١٩٩٩م.
١٦٤. نظرية العرُف، محمد خليل المنصوري، مكتب الاعلام الإسلامي، قم، الطبعةالاولى، ١٤١٣ق.
١٦٥. نهاية الأفكار، ضياء الدين العراقي، نشر مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٧ق.
١٦٦. النهاية في غريب الحديث، ابن الأثير، مؤسسة إسماعيليان، قم، ط ٤، ١٣٦٤ق.
١٦٧. وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، محمد بن الحسن الحر العاملي، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ط ١، ١٤١٣ق / ١٩٩٣م.
١٦٨. هداية المسترشدين، محمد تقي الاصفهاني، نشر مؤسسة آل البيت، قم.